

R. FRITH

Government
Publications

CAI Z 1
-63B500

RAPPORT FINAL
(volume II)

Auteur: J.-Y. Morin

Titre: Le fédéralisme canadien et
le principe de l'égalité
des deux nations.

Div: II Rapport no 12



Presented to the
LIBRARY *of the*
UNIVERSITY OF TORONTO

by

Mr. Royce Frith
Commissioner

Royal Commission on
Bilingualism and
Biculturalism

ACCOPRESS

GENUINE PRESSBOARD BINDER

CAT. NO. **BP 2507 EMB**

ACCO CANADIAN COMPANY LTD.
TORONTO

OGDENSBURG, N.Y., CHICAGO, LONDON

CA 1 Z 1
-63B500


LE PAYSAN ET LA
VILLE

Rapport présenté à la Commission Royale d'enquête
sur la dépopulation et la dévitalisation

VOLUME II

Jacques-Yves Morin

Mai 1966



Digitized by the Internet Archive
in 2024 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761120621925>

LE FEDERALISME CANADIEN ET LE PRINCIPE DE L'EGALITE DES DEUX NATIONS

DE LA MANIFESTATION DES DEUX PEUPLES

Appendice I - L'égalité des deux peuples au cours de l'histoire	4
L'égalité de représentation (1816-1867)	4
Le bilinguisme dans le développement de l'Union	11
Le principe de l'égalité	18

Rapport présenté à la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme

M.A.A.N.S. et le bilinguisme	24
Les interprétations divergentes de l'A.A.N.S.	27
Appel au gouvernement	30
Premier chapitre sur le Québec	34
Le thème de la justice entre les deux groupes	43
Conclusion	43

Appendice III - L'égalité collective et l'économie

Commerce, industrie et nationalisme économique	48
Le Québec devant l'économie bilingue	57
Conclusion	60

Jacques-Yvan Morin

Mai 1966

S O M M A I R E

(Volume I)

<u>Introduction</u>	1
---------------------	---

Première partie

ORIGINES ET TRANSFORMATIONS DU PRINCIPE

DE L'EGALITE DES DEUX PEUPLES

<u>Chapitre I^{er}</u> - <u>L'égalité des deux Canadas au temps de l'Union</u>	6
L'égalité de représentation (1840-1867)	6
Le dualisme dans le fonctionnement de l'Union	11
Le procès du régime	18
 <u>Chapitre II</u> - <u>L'égalité collective selon la lettre et l'esprit</u>	
<u>de la Constitution actuelle</u>	24
L'A.A.N.B. reconnaît-il la dualité culturelle?	24
Les interprétations divergentes de l'A.A.N.B.	27
Egalité et pancanadianisme	30
Premier repliement sur le Québec	34
La thèse du pacte entre les deux groupes	
nationaux	43
 <u>Chapitre III</u> - <u>L'égalité collective et l'économie</u>	48
Commerce, industrie et nationalisme économique	48
Centralisation, autonomie provinciale et	
séparatisme	55
Le Québec devant l'économie keynésienne	67
Culture et fiscalité	80

<u>Chapitre IV</u>	- <u>De l'égalité des deux peuples à l'égalité</u>	
	<u>des deux nations</u>	86
	"The Right to Tax is the Right to Govern"	86
	Le rapport de la Commission Tremblay (1956)	92
	Les partis changent, les objectifs demeurent	
	(1957-1960)	97
	Les "prodigieux retournements" des années	
	1960-1963	101
	Les "deux nations"	105

(Volume II)

Seconde partie

CONSEQUENCES INSTITUTIONNELLES

DU PRINCIPE DE L'EGALITE DES DEUX NATIONS

<u>Chapitre V</u>	- <u>Dualité nationale et dualisme politique</u>	113
	Le procès du régime actuel	113
	La coopération intergouvernementale comme	
	tentative de solution	116
	Les choix d'ordre structural	121
	1° Les unions d'Etats	122
	2° Les confédérations	125
	3° Statut particulier et fédéralisme	133
	Un dualisme efficace	144
<u>Chapitre VI</u>	- <u>Dualisme et parlementarisme</u>	148
	L'égalité des deux nations et la démocratie	148
	Etats associés et parlementarisme	150
	Statut particulier et parlementarisme	152
	1° La Chambre des communes	154

2° Le Sénat	157
a) en tant que représentant des régions	164
b) comme représentant des deux nations	170
Fédéralisme et régime présidentiel	172
<u>Chapitre VII - Dualisme et Pouvoir exécutif</u>	178
Evolution historique du Pouvoir exécutif	
fédéral	178
Autonomie et treaty-making power	181
1° Attitude du Québec	181
2° Attitude des autres provinces	185
3° Contrôle ou consultation?	190
L'institutionnalisation des rapports	
fédéraux-provinciaux	192
1° Etendue de la coopération	192
2° Structures nouvelles	196
3° Cas de la Banque du Canada et de la Commission du tarif	200
Cas des organismes de promotion	202
Le Québec et l'Exécutif fédéral	203
<u>Chapitre VIII- Dualisme et arbitrage constitutionnel</u>	206
Du Comité judiciaire à la Cour suprême	206
L'attitude du Québec	209
Nécessité du contrôle juridictionnel	214
Juridiction et statut du tribunal	
constitutionnel	218
1° La situation actuelle	219
2° Statut constitutionnel nouveau	220
3° Structures nouvelles	223

Composition de la Cour constitutionnelle	225
1 ^o Composition du tribunal	228
2 ^o Mode de nomination de ses membres	231
Modes d'interprétation de la Constitution	233
<u>Chapitre IX - Dualisme et minorités</u>	238
Binationalisme et société multiculturelle	238
Autonomie et droits minoritaires	239
Nature, étendue et garantie des droits	
scolaires	244
1 ^o Les libertés scolaires	244
2 ^o L'étendue des droits scolaires	247
3 ^o Les mécanismes de garantie	248
Les franchises linguistiques	249
1 ^o Unilinguisme ou bilinguisme?	249
2 ^o L'exemple de la Finlande	250
3 ^o Bilinguisme fédéral et bilinguisme provincial	252
Les droits des autres groupes culturels	255
La Constitution et les droits de l'homme	256
<u>Conclusion</u>	259

Seconde partie

CONSEQUENCES INSTITUTIONNELLES

DU PRINCIPE DE L'EGALITE DES DEUX NATIONS

"Je pense que, dans les siècles démocratiques qui vont s'ouvrir, l'indépendance individuelle et les libertés locales seront toujours un produit de l'art. La centralisation sera le gouvernement naturel."

A. de Tocqueville (1840).

Chapitre V

DUALITE NATIONALE ET DUALISME POLITIQUE

Le procès du régime actuel

Au Canada français, le procès du régime fédéral est commencé depuis trois générations: la crise dont nous sommes aujourd'hui témoins n'est que l'aboutissement d'un long processus historique qui débuta lorsque la langue française et les écoles confessionnelles furent abolies dans l'Ouest du pays et que les Québécois commencèrent à désespérer d'obtenir l'égalité culturelle et politique dans l'ensemble du Canada. Avant de périr sur le plan politique, le patriotisme pancanadien s'est désintégré dans les esprits, au niveau des allégeances fondamentales.

Il est fort probable que les Canadiens français se soient illusionnés sur la possibilité d'une égalité véritable à travers le Canada. Comme minoritaires, ils avaient cependant terriblement besoin de s'accrocher à un tel espoir: ils accordèrent donc un grand poids aux déclarations des hommes publics britanniques et canadiens que nous avons commentées plus haut, selon lesquelles la Confédération avait pour fondements un accord politique et l'égalité culturelle entre les deux peuples. Les avanies et désillusions successives qu'ils ont subies les ont amené à se replier sur le Québec, psychologiquement d'abord, puis politiquement. Dès l'époque de Mercier, cette évolution est clairement amorcée, mais le repliement n'est encore qu'un provincialisme ou, si l'on veut, un autonomisme. Sous cette forme, il

ne soulève pas d'objection majeure de la part de l'opinion anglo-canadienne et les Libéraux s'y montrent même favorables; c'est la raison pour laquelle Laurier a pu dire, en 1890, que "le 'Home Rule', pour nous, c'est l'autonomie provinciale."²²¹

La pénétration croissante du capital anglo-américain au Québec depuis la fin du siècle dernier et l'intervention de l'Etat dans la vie socio-économique de la province au cours des dernières décennies ont donné une dimension nouvelle à la vieille lutte pour la survivance et l'égalité collective. Menacé jusque dans ses re-tranchements, le Canada français est passé en une trentaine d'années d'un autonomisme de retrait à une conception dynamique de l'Etat provincial, encore que certains secteurs de l'opinion québécoise ne soient pas entièrement gagnés à ce nouveau rôle du gouvernement dans la société. Comme la Commission l'a constaté au cours de sa tournée des villes de la province, la majorité de la population tient aujourd'hui pour acquise "l'importance primordiale" du Québec comme entité politique.²²² La formule "Québec d'abord" n'est pas le fait des seuls séparatistes; on peut l'entendre aujourd'hui tout aussi bien dans les milieux autonomistes.

Certes, les Québécois dans leur ensemble paraissent encore disposés à participer à la vie politique de la Fédération canadienne,

221 - Débats, session 1890, tome 29, p. 762 (17 fév). Sur l'attitude autonomistes de Laurier, député à Québec, voir C.-M. Boissonnault, Histoire politique de la province de Québec (1936), p. 31.

222 - Rapport préliminaire, p. 48.

mais ils n'en pensent pas moins que leur progrès collectif et l'égalité réelle à laquelle ils peuvent prétendre sont liés à la liberté d'action et au dynamisme de "leur" Etat. La position du Québec est devenue centrale dans leur mentalité et dans la pensée politique des élites; comme l'écrit le P^r J. Beetz, "leur nationalisme s'identifie
223
aux institutions qu'ils contrôlent." La conséquence principale de cet état d'esprit, ajoute-t-il, est que le Québec ressent le besoin d'étendre les domaines dans lesquels il lui est possible d'exercer une action autonome, c'est-à-dire indépendamment de la majorité anglo-canadienne, et qu'il propose, a fortiori, à leur contraction. C'est pourquoi la Constitution canadienne, naguère considérée comme le rempart de la minorité, apparaît maintenant à beaucoup de
224
Québécois comme un obstacle à l'action justifiée de l'Etat provincial.

Au cours de leur tournée à travers le Canada, les présidents de la Commission ont souvent répété que le but de l'enquête était "de voir comment peut s'organiser la coexistence de deux collectivités, l'une francophone et l'autre anglophone, à l'intérieur d'un
225
même pays." Il convient d'ajouter que l'une de ces collectivités est en voie de faire du Québec l'expression politique de ses aspirations et, dans cette perspective, il s'agit plutôt de voir comment pourrait s'organiser la coexistence du Québec et du reste du pays. Derrière

223 - "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867" (1964), dans Crépeau & Macpherson, L'avenir du fédéralisme canadien (1965), p. 127. On assiste, disait récemment le Pr P. Painchaud, à une sorte de prise de possession de l'Etat par la conscience canadienne-française.

224 - Idem, pp. 131, 135.

225 - Rapport préliminaire, p. 19.

la question de la dualité de culture se dessine le problème beaucoup plus délicat du dualisme politique.

La coopération intergouvernementale comme tentative de solution

Devant l'évolution des relations fédérales-provinciales depuis 1960, la décentralisation croissante de la fiscalité et l'apparition du droit de retrait (ou d'option) en matière de programmes conjoints, le pouvoir fédéral et les provinces ont éprouvé le besoin d'établir une coopération plus poussée entre les deux niveaux de gouvernement. Essentiellement empirique et répondant surtout à des préoccupations d'ordre administratif, cette politique a bientôt été présentée par les hommes politiques fédéraux comme la panacée contre les problèmes constitutionnels canadiens, sous le nom de "fédéralisme coopératif." Cette expression, empruntée au programme du N.P.D., a son origine aux Etats-Unis, où s'opposent depuis le XIXe siècle les théoriciens du "dual federalism" et les partisans d'un système plus souple de collaboration administrative dans lequel le partage constitutionnel des compétences fait place à une décision de nature politique pour chaque problème qui se présente.

Appliqué au Canada, le fédéralisme coopératif suppose l'existence d'une vaste "zone grise" dans la répartition des compétences: le développement économique, les ressources naturelles, la

226 - Programme du Nouveau Parti démocratique (1961), p. 17.

227 - Voir D.J. Elazar, "Federal-State Collaboration in the Nineteenth Century", Political Sc. Quart., tome 79, pp. 248, 281.

sécurité sociale, la main d'oeuvre et même certains aspects de l'enseignement feraient partie de cette zone de pénombre constitutionnelle; du moins est-ce le point de vue du gouvernement fédéral, qui tente de la sorte de garder la main sur la barre du navire de l'Etat. Pour certaines provinces et le Québec en particulier, le fédéralisme coopératif s'inscrit plutôt dans le sens de la décentralisation et signifie avant tout qu'elles devraient avoir leur mot à dire dans l'élaboration des politiques fédérales qui touchent à leur développement économique: 228 politiques fiscale, monétaire et commerciale, dette publique, etc.

A la Conférence fédérale-provinciale de novembre 1963, M. Lesage déclarait:

If provincial ... policies may, according to the circumstances, be made with or without federal government participation, those of the federal government should never be fixed without consulting the provinces for, inevitably, such policies affect the populations and the industries of the provinces which form Canada. For this reason, it is not exaggerated to demand that the provinces have some form of participation through permanent Federal-Provincial organisms instituted for this purpose. They should have their voice in determining tariff structures, transportation and even monetary policies of Canada, fields which up to the present were considered as exclusively under federal government jurisdiction. 229

Ces deux façons différentes de concevoir la coopération ne sont peut-être pas entièrement incompatibles, mais elles montrent que le

228 - J. Parizeau, "Prospects for Economic Policy in a Federal Canada" (1964), dans Crépeau et Macpherson, (note 223, pp. 45, 54. op. cit. supra)

229 - Statement by the Hon. J. Lesage, p. 38. Ces propositions ont été reprises dans le discours sur le budget provincial prononcé par M. Lesage le 31 mars 1966: Le Devoir, 1er avril 1966.

fédéralisme coopératif soulève les mêmes difficultés que le fédéralisme tout court; pouvons-nous en attendre la solution de tous les problèmes, même sur le plan purement administratif?

Certes, dans un pays qui découvre la nécessité de planifier sa croissance économique et dans lequel les instruments de la planification sont partagés, le besoin d'action concertée se fait rapidement sentir et la collaboration est de rigueur. Toutefois, il reste à savoir si la "zone grise" s'étendra sur les compétences provinciales ou sur les pouvoirs fédéraux; à supposer même que ce problème soit résolu, la coopération se fera-t-elle sur un pied d'égalité ou entraînera-t-elle une subordination graduelle des gouvernements provinciaux? Permettra-t-elle la décentralisation des centres de décision ou entraînera-t-elle, pour une même région, deux politiques de planification concurrentes, voire opposées? Toutes les provinces ressentiront-elles le besoin de participer activement à l'élaboration de la politique commune ou le Québec se trouvera-t-il isolé? Le fédéralisme coopératif est-il autre chose qu'une "diète pour gouvernements minoritaires"?
230

A l'heure actuelle, il n'est guère possible de répondre d'une manière définitive à toutes ces questions. On peut cependant souligner les faits suivants: dans le domaine des programmes conjoints, les subventions ont augmenté d'une manière considérable entre 1960 et 1964 et le gouvernement fédéral n'a cessé de mettre de l'avant des

projets de nature centralisatrice: prêts aux municipalités, prêts aux étudiants, assurance-santé, programme d'aide économique aux régions défavorisées, prêts destinés à favoriser la mobilité de la main d'oeuvre, voir même subventions accrues à l'enseignement supérieur et à la recherche. Ces initiatives ne rencontrent pas dans les provinces anglophones une résistance semblable à celle qui leur est opposée au Québec. Quelques gouvernements provinciaux appuient en principe certaines attitudes du Québec, particulièrement en ce qui concerne le partage du gâteau fiscal et la détermination des priorités dans les dépenses provinciales. Toutefois, la plupart des provinces hésitent à réclamer davantage: même l'Ontario s'oppose à l'abandon complet des programmes conjoints et demande simplement que les empiétements fédéraux dans la sphère provinciale soient réduits au minimum. Le fédéralisme coopératif, disait le premier ministre de cette province en 1964, ne doit pas conduire à l'instauration de régimes particuliers à l'intérieur de la Confédération. Seule la Colombie Britannique s'est montrée beaucoup plus exigeante: elle réclame la rétrocession des impôts directs, l'abolition de la péréquation entre provinces et l'abandon des politiques tarifaires dont le but, dit-elle, consiste à protéger les industries du Canada central aux dépens des autres régions du pays; néanmoins, elle se déclare prête à accepter les plans conjoints dans l'immédiat.

Jusqu'ici, le fédéralisme coopératif, tel qu'il a été appliqué par le pouvoir central et les diverses provinces, n'a guère réussi à colmater les fissures qui séparent les régions et minent le régime fédéral. La raison en est qu'il existe en réalité sur le plan

socio-économique plusieurs problèmes distincts dans les relations fédérales-provinciales: en premier lieu, celui des rapports entre Ottawa et la plupart des provinces à majorité anglophone, dont la population favorise dans son ensemble une extension des pouvoirs fédéraux, particulièrement dans l'économie et dans l'enseignement; en second lieu, la question des relations entre Ottawa et la Colombie-Britannique; enfin celle des rapports entre les organes centraux et le Québec, notamment en ce qui concerne le droit de retrait avec pleine compensation fiscale et la participation de la province à la politique économique. Les provinces anglophones n'ont pas les mêmes motifs que le Québec de s'opposer au dirigisme fédéral; au contraire, devant la puissance des Etats-Unis, seul un sentiment très vif de solidarité peut leur permettre d'obtenir une certaine indépendance économique, culturelle et politique, si tant est qu'elles y aspirent profondément.

Par ailleurs, le fédéralisme coopératif peut sans doute aider à résoudre une partie des problèmes que nous venons de décrire, du moins s'il est utilisé avec le souci d'accommoder les aspirations divergentes du Canada anglais et du Québec, c'est-à-dire avec une grande souplesse et sans tenter à tout prix d'en arriver à des normes ou à des mécanismes de coopération uniformes. Si le Québec obtient de la sorte les moyens financiers qu'exige son développement accéléré, s'il peut établir ses propres priorités sociales et économiques et exercer son droit de retrait sans condition à l'égard des programmes conjoints, enfin, s'il peut participer directement à la définition des politiques anti-cycliques et commerciales, l'asymétrie actuelle entre Ottawa et Québec s'en trouvera fortement réduite.

Il n'en résulterait pas pour autant un équilibre permanent.

Tout d'abord, le dégagement graduel du Québec par rapport au pouvoir central et aux autres provinces, ne serait-ce que sur le plan administratif, finirait sans doute par imposer à la structure fédérale et au système parlementaire des tensions et des tiraillements constants, voire une instabilité à laquelle seules des réformes d'ordre structurel permettraient d'obvier. En second lieu, il est à prévoir que le Québec ne voudra pas s'en remettre perpétuellement à des institutions fédérales-provinciales qui n'ont aucune existence constitutionnelle et qui pourraient être abolies du jour au lendemain, au hasard d'un changement de gouvernement. Enfin, même s'il réussit à régler les questions d'ordre économique et social, le fédéralisme coopératif n'apporte aucune réponse aux autres modifications du régime, d'ordre constitutionnel celles-là, que le Québec souhaite obtenir et qui ont trait, par exemple, à la langue et à l'enseignement dans les autres provinces, au statut du lieutenant-gouverneur, à l'abolition des appels à la Cour suprême dans les affaires relevant du droit civil, à la création d'un tribunal constitutionnel, aux pensions de vieillesse non contributives, à l'immigration, aux Indiens et Esquimaux, au droit de conclure des traités dans les domaines qui relèvent de sa compétence, au mariage, à la réglementation du dimanche, au droit de "désaveu", à la compétence résiduelle et aux modes d'amendement de la Constitution.

Les choix d'ordre structural

Si la coopération intergouvernementale ne suffit pas à transformer le régime actuel dans la mesure requise pour assurer la

coexistence du Québec et du reste du pays au sein d'un même Etat, vers quelles structures constitutionnelles devons-nous nous tourner? Il ne peut s'agir, en tout état de cause, que de structures composées; en outre, les institutions retenues doivent présenter un caractère beaucoup plus décentralisé que le régime actuel, du moins en autant que le Québec est concerné. La théorie des collectivités étatiques à structure complexe ne nous offre que trois types ou "modèles" qui puissent nous servir de points de repère: les unions d'Etats, les confédérations et les fédérations, auxquelles il faut ajouter les régimes hybrides qui empruntent certaines caractéristiques à plus d'une de ces catégories. Nous les décrirons brièvement, en indiquant de quelle manière s'y rattachent les projets constitutionnels mis de l'avant depuis quelques années par divers corps intermédiaires québécois, notamment devant le Comité de la Constitution créé par la Législature du Québec en 1963.

1° Les unions d'Etats groupent deux collectivités publiques distinctes sous l'égide d'un même chef d'Etat. Elles sont, soit "personnelles", c'est-à-dire strictement rattachées à la personne du souverain, comme le fut l'union de la Grande-Bretagne et du Hanovre (1714-1837), soit "réelles", c'est-à-dire comportant une association volontaire, fondée sur un traité ou une constitution, et des institutions communes pour l'exercice des compétences qui ont trait, en général, aux relations internationales, à la défense et aux finances. ²³¹

231 - G. Burdeau, Traité de Science politique (1949), tome II, p. 405; C. Rousseau, Droit international public (1953), pp. 96, 99.

Historiquement, les principaux exemples de l'union réelle (le seul type d'union qui nous intéresse ici) se situent entre 1815 et 1944. Retenons l'Union suédo-norvégienne (1815-1905), la Double Monarchie austro-hongroise (1867-1918) et l'Union dano-islandaise (1948-1944). L'union des deux pays scandinaves fut établie par traité et confirmée par une constitution octroyée par le roi Charles XIII; la Double Monarchie fut créée par un compromis (Ausgleich) fondé sur deux lois concordantes votées par l'Autriche et la Hongrie; quant à l'Union dano-islandaise, elle fut établie unilatéralement par une loi danoise destinée à faire de l'Islande un "Etat libre et souverain".

Dans les trois unions, on trouve une monarchie commune aux Etats-membres, mais les autres institutions centrales demeurent très rudimentaires. En Suède-Norvège, chaque membre possédait son propre parlement et son propre exécutif; aucun ministère commun n'était prévu dans le traité d'union et il fallut plusieurs années pour que soit créé, sur une base purement coutumière, un Conseil d'Etat binational chargé de veiller aux affaires communes, lesquelles se ramenaient essentiellement à la politique extérieure. L'union dano-islandaise, pour sa part, ne comportait pour tout appareil commun qu'une commission consultative et une commission arbitrale composées de quelques personnes; les affaires communes étaient peu nombreuses, en raison de la neutralité islandaise, et l'évolution des rapports entre les deux pays les réduisit finalement à la diplomatie et à la responsabilité internationale.

Les institutions communes les plus développées furent celles de l'Autriche-Hongrie, fondées sur le dualisme le plus strict, ²³³ malgré le caractère multinational de l'Empire. Chacun des deux Etats-membres possédait son propre parlement et son propre ministère, dont les compétences n'étaient restreintes que par les affaires communes (Affaires étrangères, Guerre, Finances). Celles-ci étaient administrées par trois ministères centraux, mais il n'existait point à proprement parler d'exécutif commun, bien que l'Empereur ait pris l'habitude de réunir un Conseil officieux dont faisaient partie les deux premiers ²³⁴ ministres autrichien et hongrois. Les trois ministres de l'Union devaient rendre compte de leur gestion à deux Délégations élues par les parlements des Etats-membres. Ces Délégations délibéraient séparément, l'une à Vienne, l'autre à Budapest, et votaient les crédits demandés par les ministères communs; si la double majorité ne pouvait être obtenue, l'Ausgleich prévoyait la réunion des Délégations en une sorte d'organe interparlementaire qui devait voter ²³⁵ sans débat. Il est intéressant de noter que les affaires d'ordre économique n'avaient pas été confiées à l'Union ou aux Délégations, mais qu'elles devaient faire l'objet d'une négociation directe entre les deux Parlements, tous les dix ans. Ce système devint la pierre d'achoppement de l'Union, la Hongrie l'utilisant pour obtenir un

233 - R.A. Kann, The Multinational Empire: Nationalism and National Reform in the Habsburg Monarchy (1950).

234 - E. Mc Whinney, "Federalism, Biculturalism, and International Law" (1965), Annuaire canadien de Droit international, tome 3, p. 103.

235 - Cette assemblée ne fut jamais réunie.

niveau de plus en plus élevé de protection pour son agriculture, alors que l'Autriche, en voie d'industrialisation, avait grand besoin d'importer ses denrées alimentaires au meilleur prix.

Les trois Unions d'Etats disparurent à tour de rôle. La Suède-Norvège se scinda en deux Etats entièrement souverains à la suite de querelles autour des réclamations norvégiennes en faveur d'un ministère des Affaires étrangères, d'un service consulaire et d'un drapeau distincts. L'Union dano-islandaise s'étiola graduellement au point qu'elle ne put survivre à l'occupation du Danemark par les armées allemandes durant la seconde guerre mondiale. Quant à la Double Monarchie, elle ne put résister au principe des nationalités et la défaite qu'elle subit en 1918 entraîna son éclatement, consacré par les traités de paix.

2° Les confédérations ne sont pas sans ressembler aux unions d'Etats, mais elles comptent plus de deux membres et leur structure, tout en étant fondée sur la souveraineté des Etats-membres, est généralement mieux définie. Les principaux exemples historiques sont la Confédération américaine (1781-1787), la Confédération helvétique (1815-1848) et la Confédération germanique (1815-1866), à laquelle succéda la Confédération de l'Allemagne du Nord (1867-1871). Toutes, sauf la dernière, furent établies à la suite d'un accord librement consenti entre les parties, qui prit, dans les cas de la Confédération germanique et de la Suisse, la forme d'un traité ou d'un pacte.

Ce lien d'ordre international, qui pouvait toujours être rompu par les Etats-membres et qui le fut effectivement en Allemagne et en Suisse, révèle le caractère juridique des confédérations: elles ne constituent pas à proprement parler des Etats, mais des groupements d'Etats qui ont accepté de confier certaines compétences limitées (Affaires étrangères, Défense), à une assemblée délibérante commune: diète ou congrès.²³⁶ Cette assemblée remplit toutes les fonctions de la Confédération, tant législative et exécutive que juridictionnelle; il n'existe donc pas de ministère commun. Elle ne peut en général prendre de décision qu'avec le consentement unanime de ses membres, lesquels sont liées par des instructions formelles reçues de leur gouvernement respectif.²³⁷ Il y eut cependant des exceptions importantes à cette règle de l'unanimité: au Congrès américain, les décisions étaient prises par neuf Etats au moins sur treize, sauf en matière constitutionnelle; en Suisse, les décisions majoritaires apparaissent dans le courant du XVIIe siècle, mais demeurent soumises à la ratification ultérieure des cantons; enfin, dans la Confédération germanique, la Diète de Francfort pouvait décider de la guerre ou de la paix à la majorité des deux tiers. Derniers traits importants des confédérations classiques: ce sont les Etats-membres qui exécutent les décisions communes sur leur propre territoire (principe de la médieté) et ce sont également eux qui assurent le financement des entreprises communes par leurs contributions. Somme toute, l'ordre juridique confédéral demeure interétatique et repose sur les volontés concordantes des Etats-membres.

236 - L. LeFur, Etat fédéral et confédération d'Etats (1896).

237 - Ces caractéristiques théoriques n'excluent pas la prépondérance politique plus ou moins voilée de l'un des membres de la confédération.

Le projet des Etats-associés, maintes fois mentionné depuis quelques années dans les milieux de l'Action nationale, repris à l'occasion par des hommes politiques, et dont la Commission a entendu parler au cours de ses pérégrinations dans le Québec²³⁸, tient à la fois de la confédération et de l'union d'Etats. La description la plus précise qui en ait été donnée se trouve dans le mémoire de la Société Saint-Jean Baptiste de Montréal au Comité de la Constitution du Québec²³⁹. Les deux nations canadiennes, représentées par leur propre Etat national, y lit-on, s'uniront pour former une confédération par l'adoption d'une Constitution commune. L'Etat anglo-canadien sera formé des provinces anglo-canadiennes, lesquelles continueront de reconnaître le gouvernement d'Ottawa comme leur gouvernement national, tandis que le Québec, devenu souverain, constituera l'Etat national des Canadiens français qui l'habitent.²⁴⁰

Les institutions confédérales proposées dans ce mémoire sont plus développées que celles des confédérations ou unions classiques: le pouvoir législatif serait exercé par un parlement unicaméral où siègeraient les représentants élus des Etats associés; il n'est pas précisé si la représentation serait paritaire, mais il est prévu qu'aucune loi n'entrerait en vigueur à moins d'avoir été approuvée à la double majorité. Ce système n'est pas sans rappeler les Délégations de l'Autriche-Hongrie, si ce n'est que les représentants sont

238 - Rapport préliminaire, p. 84.

239 - Le fédéralisme, l'A.A.N.B. et les Canadiens français (1964) pp. 115-22.

240 - Idem, pp. 115-6.

élus, siègent ensemble et prennent présument des décisions obligatoires pour l'ensemble de la Confédération dans les domaines qui relèvent de leur compétence.

Le pouvoir exécutif de la Confédération serait confié à un Conseil des ministres, dont la composition ressemblerait davantage aux institutions des unions d'Etats qu'à celles des confédérations: les gouvernements des deux Etats associés y délègueraient en effet un nombre égal de ministres. Les compétences du Conseil semblent assez étendues:

Le Conseil suprême de la Confédération aura la responsabilité de veiller à l'exécution des lois adoptées par la Chambre confédérale, de choisir les fonctionnaires de l'administration confédérale et d'établir une collaboration étroite entre les deux Etats associés dans les domaines où ceux-ci ont des intérêts communs: planification économique, politique monétaire, douanes, financement de l'administration confédérale, transport continental, etc. ...

Le Conseil suprême dirigera la politique étrangère de la Confédération canadienne. ²⁴¹

Le mémoire prévoit encore une Cour confédérale chargée d'entendre les causes où les deux Etats associés seront parties; il s'agit donc d'un tribunal dont le rôle serait avant tout d'interpréter la Constitution. Toutefois, sa composition n'est pas précisée; il est dit seulement que la Cour siégera alternativement dans la capitale de l'Etat anglo-canadien et dans celle du Québec. Enfin, le projet

de la S.S.J.B. ne contient pas de description du partage des compétences: il est cependant précisé que le Québec souverain conserverait tous les pouvoirs qu'il n'aurait pas abandonnés à la Confédération:

En pratique, l'union de l'Etat du Québec et de l'Etat national du Canada anglais ... aura pour résultat de limiter la souveraineté de chaque Etat associé. Les pouvoirs de la Confédération seront énumérés avec précision dans la constitution établissant l'Etat et l'administration confédéraux. Une procédure d'amendement à la constitution, protégeant la liberté²⁴² de chaque Etat associé, devra être prévue.

En résumé, les structures proposées dans le mémoire de la S.S.J.B. tiennent de la confédération classique par certains aspects, notamment par les principes qui président au partage des compétences; on peut cependant observer qu'on s'éloigne des modèles rudimentaires classiques dans la mesure où l'on introduit dans le système une spécialisation dans les fonctions exécutive, législative et juridictionnelle. D'autre part, le projet tient également de l'union d'Etats par son dualisme structurel et toutes les conséquences que cela entraîne, notamment la double majorité à la Chambre et sans doute aussi au Conseil.

Au Canada anglais, l'idée des Etats associés évoque immédiatement les difficultés de l'Union de 1840, bien que ce régime n'ait rien eu de commun avec le système confédératif, puisqu'aussi bien il

242 - Idem, p. 121.

243 - R. Cook, "Quebec and Confederation, Past and Present" (1965), Queen's Quart., tome 71; "The Associate State", dans le Montreal Star, 30 sept. 1964.

constituait un Etat unitaire centralisé dans lequel, nous l'avons vu, les Bas-Canadiens avaient réussi à introduire un certain dualisme. Plusieurs soutiennent même que la séparation serait préférable aux Etats associés; en tout cas, ils demandent quelques détails sur le projet, témoin ce passage extrait d'une conférence du P^r E. Forsey:

Presumably, the "Canadian and Laurentian government" (to adapt to our purposes the Austro-Hungarian "Imperial and Royal" formula), would, like its prototype, have responsibility for the common defence, external affairs, a common customs tariff. Would there be a common currency and a common central Bank? What would happen to social security, especially such purely Dominion parts of it as unemployment insurance, family allowances, and old age security? How would the "Canadian and Laurentian government" raise its revenue? By taxes imposed by a "Canadian and Laurentian" joint Assembly? Or by contributions from the Laurentian part of the affair and the Canadian part or parts? What would happen to the provinces other than Quebec? What powers would they have? I don't suppose Quebec would care a rap; but the others might like to know. 244

Cependant, les concepts dualistes ont retenu l'attention d'un petit nombre de politologues et d'économistes anglo-canadiens, qui ne s'y montrent pas défavorables a priori. Peut-être même le principe des deux nations pourrait-il aider le Canada anglais à trouver son identité, estime le P^r G. Horowitz:

The fact that the French Canadians tend to think of us as an English Canadian nation in a bi-national state, and address their demands to us as if we were such a nation, may encourage us to think in their terms and to respond to their demands in their terms. French Canadian nationalism can help to beget English Canadian nationalism...

There is reason to believe that the two nations will be able to live together in the bosom of this single state only when both are fully developed nations, each controlling its own destiny.

...

If this is so, future study may lead us to the conclusion that there must be in Canada not two sets of national institutions - French and pan-Canadian - but three - French, pan-Canadian and English. This may mean two federal parliaments, one for English Canada, and one in which the two nations come together to deal with common problems on some basis other than representation by population and simple majority rule. Or it may mean a single federal parliament in which the English members alone determine policies for English Canada by simple majority vote while the French and English together formulate pan-Canadian policies by a three fifths or two thirds vote. Or it may mean something else. I know that I am avoiding many sticky details. But whatever specific forms are evolved, I am suggesting that we may have to move from a federation of provinces to something like a federation of nations, one of those nations itself being a federation. English Canada may not find it possible to become a nation unless it is able to express itself within the boundaries of its own institutions, without the pressures of a French presence inhibiting the development of English Canadian policies and symbols. 245

Il reste que les conséquences économiques du dualisme de type confédéral sont difficiles à évaluer. Dans un article intitulé "Yes to Associated Statehood", D. Lloyd-Jones écrivait l'année dernière que

245 - "The Future of English Canada" (1965), Canadian Dimension, no de juillet, pp. 12, 25.

the problem of economics for a bi-national state boils down to this: how can one currency be used for two different areas, one of which may pursue conservative or deflationary policies while the other pursues expansionary and inflationary ones?

If the problem is insoluble, then of course the case for separatism is complete; but one would expect that the financing of industrial expansion through greater reliance on debt financing, popular ... investment corporations, and government pension schemes would lessen the attractiveness of the traditional debasement of the currency.

It remains obvious that there would be minor problems associated with the foundation of such novel political unit.

D'un autre côté, l'auteur opinait qu'il était impossible désormais d'éluder la question du dualisme:

The point we have now reached ... is one which Anglo-Canadians because of their traditional centralizing sentiments are slow to recognize: The Canadian Confederation is dead. Today if you sympathize with French Canada's cause you must support associate statehood for Quebec; if you oppose it, you must be a separatist. 246

pas
Néanmoins, les Etats associés ne sont/le seul système dualiste concevable. Certes, ils constituent la forme la plus achevée du dualisme politique, mais pas nécessairement la mieux adaptée aux circonstances des deux Canadas. Sans l'écarter de la discussion ultérieure, il convient d'étudier maintenant un autre système proposé au Québec depuis quelques années.

3° Le statut particulier se présente comme une forme de dualisme qui n'est pas inconciliable avec le régime fédéral et qui permet de mieux distinguer les problèmes ainsi que d'y apporter des solutions plus nuancées. Le raisonnement politique qui lui sert de fondement peut être résumé comme suit: le Québec, seule province où les Canadiens français sont en majorité, revendique une autonomie telle que les autres provinces ne désirent point s'en prévaloir. Par ailleurs, il ne peut ni ne doit imposer à celles-ci un degré d'autonomie dont elles n'ont que faire; il ne doit même pas, à notre avis, s'opposer à ce qu'elles se centralisent davantage, car la centralisation est l'un des plus puissants moyens dont dispose le Canada anglais pour se donner une identité propre. Pour réconcilier les tendances opposées du Québec et des autres provinces, il convient d'assouplir le régime fédéral dans son application à la province française et de reconnaître à celle-ci une autonomie spéciale, de même qu'un mode de participation spécial au fonctionnement des organes centraux de la fédération.

Le statut particulier constitue une exception au principe de l'égalité des Etats-membres d'une fédération. Dans la plupart des Etats fédéraux modernes, en effet, la Constitution place tous les Etats-membres sur le même pied, tant à l'égard de leurs compétences que de leur participation, en tant qu'Etats-membres, à la vie fédérale. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, la Cour suprême a affirmé à plusieurs reprises, notamment à propos des compétences des membres nouvellement admis dans l'Union, que tous les Etats sont "on an equal footing". Dans l'arrêt Coyle v. Oklahoma, par exemple, le principe de l'égalité a été établi de la manière suivante:

The power is to admit 'new States into this Union'. 'This Union' was and is a union of States, equal in power, dignity and authority, each competent to exert that residuum of sovereignty not delegated to the United States by the Constitution itself. To maintain otherwise would be to say that the Union, through the power of Congress to admit new States, might come to be a union of States unequal in power, as including States whose power were restricted only by the Constitution, with others whose powers had been further restricted by an act of Congress, accepted as a condition of admission. ²⁴⁷

Par suite de la jurisprudence de la Cour suprême, la doctrine de l'égalité juridique des Etats-membres est aujourd'hui acceptée comme un truisme par les auteurs américains. ²⁴⁸ On la retrouve également chez plusieurs théoriciens du fédéralisme, qui admettent par ailleurs ²⁴⁹ qu'il s'agit d'un principe général susceptible de plusieurs exceptions. Il arrive en effet, nous le verrons, que certains Etats-membres d'une fédération ne se trouvent pas dans une complète égalité de statut par rapport aux autres.

247 - (1911), 221 U.S., pp. 559. 567. Voir également Permoli v. First Municipality (1845), 3 How., p. 589; Encabana Co. v. Chicago (1883), 107 U.S., p. 678; U.S. v. Texas (1892), 143 U.S. 621.

248 - Voir The Constitution of the United States of America (U.S. Senate, éd. Corwin, Small et Jayson, 1964), p. 787. Noter cependant que cette doctrine comporte quelques nuances en ce qui concerne le droit de propriété (property rights) des Etats: Alabama v. Texas (1954), 347 U.S., pp. 272, 274, 281.

249 - C. Durand, "L'Etat fédéral en droit positif", dans Berger et al., Le Fédéralisme (1956), p. 183, M.-H. Fabre, "L'Union française", dans le même recueil, p. 329.

La thèse du statut constitutionnel particulier pour le Québec se rattache à la tradition autonomiste et en particulier au rapport de la Commission Tremblay. Bien qu'on n'y puisse trouver l'expression "statut particulier", il y est maintes fois fait allusion à la mission particulière du Québec comme foyer national du Canada français; en outre, les pages qu'elle consacre au problème de la modification de la Constitution, la Commission recommande l'adoption d'un mode d'amendement qui respecte "la position spéciale du Québec dans la ²⁵⁰ fédération canadienne." Sans doute les commissaires eussent-ils préféré que toutes les provinces obtinssent les mêmes droits que le Québec, notamment en matière fiscale, mais il est clair que dans leur esprit l'autonomie du Québec ne dépend pas de celle des autres provinces; elle se justifie indépendamment de leur attitude et peut donc être définie en fonction du Québec seul. L'un des anciens membres de la Commission déclarait à ce propos l'année dernière:

L'exigence d'un statut particulier pour le Québec se fonde ... sur un fait à la fois historique et politique, sur le fait que le Québec n'est pas une province comme les autres ... A une province pas comme les autres, il faut un statut pas comme les autres, un statut spécial, un statut particulier...

J'ajoute qu'il s'agit là pour le Québec d'un minimum vital... Les circonstances sont telles... que la politique fédérale du traitement commun pour toutes les provinces, sous prétexte que le Québec ne

250 - Rapport, supra note 94, vol. II, p. 149.

serait qu'une province comme les autres, ne peut aboutir qu'à bloquer l'élan vital et à l'empêcher de s'acquitter de ses responsabilités à l'égard de la nation canadienne-française. 251

Le Québec possède depuis longtemps, d'ailleurs, un statut particulier qui lui vient précisément de son caractère comme milieu politique fondamental du Canada français. Déjà en 1774, il avait obtenu un statut spécial dans l'Empire par l'Acte de Québec, qui rétablissait le libre exercice de la religion catholique et le droit civil.²⁵² Ce statut spécial fut maintenu dans les faits à l'époque de l'Union législative et c'est ainsi que le Québec échappa aux dispositions de l'A.A.N.B. qui favorisaient l'uniformité des lois relatives à la propriété et aux droits civils dans les autres provinces; en outre, il est prévu dans la Constitution que les juges des tribunaux québécois doivent être choisis parmi les membres du Barreau de la province.²⁵³ Toutefois, on doit noter que le Parlement fédéral devenait compétent à l'égard d'un certain nombre de sujets qui relevaient traditionnellement du droit civil, notamment en matière commerciale (faillite, lettres de change), ainsi qu'à l'égard du mariage et du divorce; ces dispositions restreignaient le régime spécial défini par l'Acte de Québec et entérinaient certains empiètements intervenus sous le régime d'Union.

251 - R. Arès, s.j., "Le statut particulier, exigence vitale", Le Devoir, 4 mai 1965, p. 5.

252 - Voir M. Ollivier, supra note 42, p. 17.

253 - A.A.N.B., art. 94 et 98.

La volonté de garantir les droits de la minorité britannique du Québec est à l'origine d'un autre aspect du statut particulier de la province, tel que défini en 1867. C'est ainsi que la représentation anglophone à l'Assemblée législative était assurée en "gelant" les limites de douze circonscriptions électorales où il existait à l'époque une forte majorité anglaise. De même, on pensait protéger cette représentation dans le Sénat fédéral et au Conseil législatif provincial en fixant d'avance les limites des vingt-quatre circonscriptions du Québec. Enfin, la province est la seule où l'usage des deux langues officielles fut consacré par l'A.A.N.B., tant dans les débats de la Législature que devant les tribunaux.²⁵⁴

Les défenseurs d'un statut particulier moderne pour le Québec veulent élargir cette notion et y faire entrer un certain nombre de compétences qui relèvent à l'heure actuelle du Parlement fédéral; ils proposent également de redéfinir les modes de participation du Québec au fonctionnement des organes centraux de la Fédération car celle-ci conserverait des pouvoirs importants. Nous avons défendu cette thèse dans un certain nombre d'écrits car nous sommes d'avis qu'une solution de ce type s'impose si l'on veut vraiment faire en sorte "que la Confédération canadienne se développe d'après le principe de l'égalité entre les deux peuples qui l'ont fondée."²⁵⁵

254 - A.A.N.B., art. 22, 72, 83 et 133. Voir M. Oliver, "Confederation and Quebec" (1963), Canadian Forum, tome 43, pp. 179, 182.

255 - "Vers un nouvel équilibre constitutionnel au Canada" (1964), dans Crépeau et Macpherson, op. cit. supra note 223, p. 141; "Un statut constitutionnel particulier pour le Québec", dans Le Devoir, 22, 23 et 24 avril 1964.

Le premier ministre du Québec, M. Jean Lesage, a fait allusion à quelques reprises à la nécessité d'un statut particulier pour le Québec. Dans le discours qu'il prononçait le 14 décembre 1965 à Ste-Foy, après avoir exprimé l'opinion que le Québec "n'est pas une province comme les autres" et constitue le "point d'appui" du Canada français, il ajouta:

C'est donc dire que, de plus en plus, le Québec se dirige, par la force des choses, vers un statut particulier qui tiendra compte à la fois des caractéristiques propres de sa population et du rôle plus étendu que cette population veut confier à son gouvernement.

°°°

Nous sommes déjà en voie, en vertu des accommodements / concernant les programmes conjoints /... d'instituer pour le Québec un embryon de statut particulier, plus précisément un régime administratif spécial. Cette évolution cependant n'exclurait pas une plus grande participation du Québécois aux affaires du pays. 256

Ce statut particulier embryonnaire doit, à notre avis, être développé et consacré par le droit constitutionnel écrit. Certes, l'idée même qu'une province puisse être différente des autres ne manque pas de rencontrer de fortes résistances au Canada anglais, comme la Commission l'a constaté à plusieurs reprises, mais telle est pourtant la condition d'un nouvel équilibre entre les deux nations. Un observateur de l'extérieur, le journaliste G. Julien, écrivait récemment à ce propos:

256 - Conférence à la Chambre de Commerce de Ste-Foy, le 14 déc. 1965 (polycopié). Voir également J. Lesage, Un Québec fort dans une nouvelle Confédération (1965), pp. 34 et ss.

Les réalistes devront ... reconnaître que le Québec possède de fait une situation particulière méritant d'être consacrée par un statut particulier grâce)

(auquel cette province pourrait rester membre de plein droit d'une fédération renouvelée. Le refus d'un tel aménagement ne pourrait qu'encourager les tendances favorables à l'indépendance totale du Québec, précipiter l'éclatement de la Confédération..., et cet éclatement serait la fâcheuse conséquence non pas du rêve fumeux des séparatistes québécois, mais de l'incompréhension des anglophones qui en porteraient l'entière responsabilité. 257

Quelle serait l'étendue du statut particulier québécois?

Nous n'avons pas l'intention de répondre à cette question d'une manière détaillée car notre exposé porte avant tout sur l'aménagement des institutions centrales, mais il convient d'indiquer quelques-uns des domaines où le Québec peut assumer des responsabilités qui relèvent, à l'heure actuelle, du pouvoir fédéral.

Dans le domaine social, par exemple, le gouvernement québécois a clairement indiqué, dès 1945, son intention d'instituer un système d'allocations familiales.²⁵⁸ Plus récemment, à la suite de certaines études démographiques et sociales,²⁵⁹ le ministre R. Lévesque a invité Ottawa à réviser profondément sa politique familiale, de manière à favoriser les familles de plus de deux enfants et les étudiants de 16 à 18 ans. Sans exiger le transfert immédiat des allocations au gouvernement provincial, le mémoire soumis par le ministre

257 - Le Canada, dernière chance de l'Europe (1965), p. 187.

258 - Voir supra, note 158

259 - V.g., Rapport du Comité d'étude sur l'assistance publique (Québec, 1963).

de la Conférence fédérale-provinciale sur le bien être social ajoute cependant:

Si une telle révision du système actuel ne devait pas obtenir l'assentiment de tous, nous nous sentons tenus de demander que, dans le cas du Québec et de ceux qui seraient du même avis, l'administration des allocations familiales soit transférée au plus tôt au gouvernement provincial. ²⁶⁰

Certes, le rapatriement au Québec des allocations familiales pourrait avoir lieu sans modification de la Constitution puisqu'aussi bien la législation fédérale dans ce domaine ne repose sur aucune disposition constitutionnelle et résulte en fait d'un empiétement sur les compétences des provinces, réalisé à la faveur de la dernière guerre mondiale. Il n'en reste pas moins que le transfert au Québec des allocations familiales et des autres investissements sociaux permettrait de régulariser la situation et faciliterait l'adoption d'amendements constitutionnels applicables aux autres provinces.

Il existe un sujet relié au domaine social qui devrait également, selon plusieurs auteurs, faire retour au Québec, sinon à toutes les provinces: le mariage. ²⁶¹ Le Parlement fédéral s'est d'ailleurs peu prévalu de sa compétence, si ce n'est pour dissoudre un grand nombre de mariages par le truchement de lois d'ordre privé.

260 - Mémoire soumis à la Conférence sur le bien-être social par l'hon. R. Lévesque.

261 - Voir M. Faribault et R. Fowler, Dix pour un (1965), p. 89.

Dans le domaine de l'immigration, la compétence concurrente prévue à l'article 95 de l'A.A.N.B., telle qu'elle a été exercée par le gouvernement fédéral, a été l'un des grands facteurs du déséquilibre qui règne aujourd'hui entre les deux peuples qui ont posé les fondements de la Confédération. La situation se trouve fort bien résumée dans une publication du gouvernement fédéral datée de 1958: "les derniers obstacles à une colonisation plus poussée n'ont été finalement levés qu'après l'expulsion des Acadiens en 1755, la prise définitive de Louisbourg en 1758 et la chute de Québec en 1759". Si l'on veut vraiment favoriser un renouveau français au Canada, il conviendra de s'assurer en premier lieu que la politique fédérale n'aboutisse pas, après avoir contribué à faire disparaître le problème français de la plupart des provinces, à l'affaiblissement de la majorité française du Québec, ne serait-ce que dans la région métropolitaine de Montréal. Les seuls moyens efficaces de régler ce problème serait de transférer à l'Etat provincial la compétence en matière d'immigration ou d'instituer une participation directe du Québec à la définition de la politique d'immigration canadienne et l'administration par le gouvernement provincial de l'immigration destinée à son propre territoire.

En avril 1965, le gouvernement du Québec souleva officiellement la question du partage des compétences à l'égard des accords internationaux. Le ministre de l'Education, M. P. Gérin-Lajoie déclara devant le corps consulaire de Montréal que le Québec

262 - L'évolution de l'immigration au Canada, brochure tirée de l'Annuaire du Canada 1957-1958, p. 4 (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, Ottawa).

n'avait "nulle envie d'abandonner au gouvernement fédéral le pouvoir d'appliquer les conventions dont les objets sont de compétence provinciale;" pourquoi, ajouta-t-il, l'Etat qui met un accord à exécution serait-il incapable de le signer lui-même? ²⁶³ Il est fort peu probable que les autres provinces canadiennes donnent leur appui à de tels principes, bien qu'elles aient signé, nous le verrons, quelques accords avec divers Etats de l'Union américaine ou même, dans un cas, avec un Etat européen. C'est sans doute en pensant à ces difficultés que M. Gérin-Lajoie fit une seconde déclaration sur les traités, quelques jours plus tard, où l'on trouve, clairement énoncée, l'idée du statut particulier:

Il se peut que plusieurs provinces canadiennes préfèrent laisser l'Etat fédéral signer des accords qui relèvent de leur juridiction, quitte à collaborer, sans discussion, à la mise en oeuvre de ces accords.

Le Québec, cependant, ne peut qu'assumer la position particulière que lui impose sa vocation d'instrument collectif des Canadiens français. Il entend négocier lui-même directement avec les autres pays les accords qu'il sera appelé à appliquer
...

Le Québec, en effet, n'est pas une simple province parmi d'autres, et les Québécois entendent bien se comporter comme un peuple maître de son destin. ²⁶⁴

263 - Allocution du 12 avril 1965: Le Devoir, 14 et 15 avril 1965.

264 - Allocution du 22 avril 1965, prononcée devant une délégation d'universitaires belges, français et suisses, au Parlement de Québec (polycopiée).

Ces paroles font ressortir un aspect important du statut particulier: le Québec ne s'oppose naturellement pas à ce que les autres provinces jouissent des compétences qu'il réclame pour lui-même, mais si elles choisissent de s'en remettre entièrement au pouvoir central, il n'abandonnera pas pour autant ses positions. Le statut particulier se présente alors comme un moyen de réconcilier les deux tendances contradictoires du fédéralisme, la centralisation et la décentralisation.

Par ailleurs, si l'on ne peut nier l'utilité pour les juristes et politologues canadiens de faire appel au droit étranger et aux institutions comparées pour la définition du statut particulier du Québec, il n'en reste pas moins que les problèmes de l'équilibre entre les deux nations canadiennes ne se présentent nulle part ailleurs de la même façon, ni avec la même acuité. Certes, personne ne peut nier la gravité de la crise que traverse à l'heure actuelle cet autre Etat binational qu'est la Belgique, par exemple; cependant, ni les Flamands ni les Wallons ne sont menacés dans leur identité culturelle, tandis qu'au Canada le problème de la coexistence se double d'une interrogation beaucoup plus grave devant l'avenir: il s'agit de la survivance du Canada français comme nation-culture distincte et, d'une manière peut-être aussi pressante, de la survivance de la culture anglo-canadienne.

Mais le Québec peut difficilement lier son sort d'une manière trop étroite à celui du Canada anglais. C'est pourquoi le statut particulier du Québec, de même que les garanties auxquelles aspirent les minorités françaises des autres provinces, doivent être définis avant tout en fonction de la situation du Canada français

et des obstacles qu'il rencontre dans la Constitution actuelle. On devra peut-être envisager la possibilité de donner au Québec un statut comme n'en a jamais possédé aucun Etat-membre d'une fédération. De même qu'en 1867, les constituants ont innové en créant un Etat fédératif plus centralisé que tous ceux qui existaient à l'époque, de même aujourd'hui doit-on être prêt à innover dans le sens contraire, du moins en ce qui concerne le Québec. Outre les ajustements constitutionnels mentionnés plus haut, il faudra sans doute songer à quelques-unes des modifications suivantes: transfert à la Législature québécoise de la compétence résiduelle; abolition du droit d'annulation (désaveu) des lois provinciales; suppression du pouvoir fédéral de déclarer que des travaux exécutés dans le Québec profitent au Canada en général et tombent sous la compétence du Parlement; abolition des appels à la Cour suprême en matière de droit civil et de la nomination des juges des cours supérieures par le gouvernement fédéral; attribution au Québec de la compétence à l'égard de la radiodiffusion (sans pour autant exclure l'existence d'un réseau fédéral trans-canadien), à l'égard des pêcheries des eaux intérieures et territoriales, à l'égard des sociétés, de l'assurance, des banques d'épargne et de la faillite.

Un dualisme efficace

Le régime du statut particulier que nous venons de décrire constitue une forme atténuée de dualisme, bien qu'il entraîne, nous

265 - Cf. A.A.N.B., art. 90, 91 (préambule et alinéas 10, 12, 16 et 24), 92 (al. 10), 96, 101.

le verrons, un réaménagement partiel des institutions centrales. Il n'est pas inconciliable, à notre avis, avec l'existence d'un gouvernement fédéral s'imposant davantage dans les autres provinces. Le Québec entretiendrait avec Ottawa des contacts d'autant plus étroits que sa participation serait suivie et institutionnalisée. Certes, comme l'observe le P^r Beetz, le statut particulier est d'une réalisation fort complexe au point de vue de la technique juridique et politique; cependant, ajoute-il, il ne s'agit pas d'une difficulté insurmontable. "C'est l'opinion publique qui lui fera surtout obstacle, non pas tant celle du Québec, pour l'instant, que celle
265 bis
des autres provinces."

Il existe en effet une élite anglo-canadienne très favorable à la dualité culturelle, dont elle s'accommode fort bien et se félicite même, qui refuse néanmoins d'admettre qu'une telle dualité puisse entraîner le moindre dualisme politique. Leur thèse peut se ramener à une simple proposition: à l'âge de l'énergie nucléaire et de l'économie keynésienne, on peut admettre la dualité
266
des cultures, mais non le dualisme du pouvoir. Pourtant, la véritable solution consiste justement à définir un dualisme institutionnel qui soit efficace et qui tienne compte de toute la réalité,

bis
265 - J. Beetz, supra note 223, p. 138.

266 - Le P^r W. Morton a exprimé ce point de vue d'une manière lapidaire dans "The Dualism of Culture and the Federalism of Power" (1964), dans l'ouvrage cité plus haut, à la note 41, p. 132: "Such a goal [a plural society in which the French and the English would be canadien tout court] can be reached only by the duality of culture but never by the duality of power."

c'est-à-dire, en premier lieu, des conséquences politiques inévitables de la dualité culturelle que l'histoire a enracinée dans deux parties distinctes du pays et, en second lieu, de certains objectifs et problèmes qui demeurent communs aux deux nations, aux cinq régions et aux dix provinces. Pour emprunter une métaphore de G. Bergeron, disons que là où le divorce constituerait un risque trop grave, la séparation de corps serait un moindre mal qui permettrait peut-être d'éviter le pire; "il est même des séparations de corps qui préludent à des harmonies dissymétriques qu'on n'avait pas cru possible."²⁶⁷ Le Canada anglais n'a guère intérêt à s'opposer au dualisme dans la plupart des domaines que nous avons mentionnés plus haut; de son côté, le Québec n'a pas davantage intérêt à revendiquer un dualisme strict dans certains domaines qui sont liés de près à l'économie.

Quel que soit le régime constitutionnel (ou "matrimonial") adopté, en effet, la coopération s'imposera en ce qui concerne la croissance et la planification économiques, ainsi que la politique de stabilisation. Sans doute le Québec voudra-t-il augmenter son pouvoir de décision dans ces domaines comme dans tous les autres, tant il est vrai que l'autonomie politique et culturelle ne va pas sans autonomie économique, mais l'économie québécoise doit dans une large mesure s'insérer dans le contexte canadien et nord-américain. D'un autre côté, le gouvernement fédéral ne saurait prétendre que la croissance économique relève exclusivement de sa compétence puisque

267 - Op. cit. supra note 41, p. 137.

les ressources naturelles, les routes, l'enseignement et une part croissante de la fiscalité lui échappent. La situation n'est pas différente en ce qui concerne la politique anticyclique car, bien que le pouvoir central demeure théoriquement maître de la monnaie et de la politique commerciale, les provinces (et le Québec en particulier) ont leurs coudées de plus en plus franches en matière de fiscalité et de dépenses publiques.

Dans le domaine économique, un dualisme efficace signifie donc avant tout la collaboration. Le Québec, s'il désire un plus grand pouvoir de décision, devra également accepter certaines responsabilités par rapport à l'ensemble du pays; s'il faut en croire certaines déclarations récentes du premier ministre, M. Lesage, le ²⁶⁸gouvernement québécois semble acquis à cette idée. Tous les problèmes n'en sont pas pour autant résolus: comment convient-il d'organiser cette "coopération"? La simple consultation, si constante soit-elle, ne répond point à l'idée que nous nous en faisons. La solution ne peut venir que d'un réaménagement des institutions centrales du pays, complément nécessaire du statut particulier.

268 - Voir le discours sur le budget provincial, supra note 229.

Chapitre VI

DUALISME ET PARLEMENTARISME

L'égalité des deux nations et la démocratie

Comment sera-t-il possible, demande la Commission dans son rapport préliminaire, "de concilier les exigences de l'égalité culturelle et celles de la démocratie parlementaire, dans un pays où les représentants des deux cultures sont inégaux en nombre?" Si l'on se fait de la "culture" une notion intégrale, l'égalité dont parlent les commissaires ne saurait être restreinte aux simples franchises linguistiques et scolaires. Il existe un lien entre tous les aspects de la vie d'une collectivité. Le pouvoir attractif d'une culture, comme l'observait récemment le P^r O. Thûr, dépend dans une large mesure de ses prolongements économiques, sociaux et, ajouterions-nous, politiques.²⁷⁰

Or la démocratie n'est guère favorable aux différences trop marquées entre citoyens, qu'elles soient sociales, politiques ou culturelles. Il y a longtemps que Tocqueville a montré comment les peuples démocratiques reçoivent spontanément les idées simples et générales et ne s'accommodent guère des "systèmes compliqués".

269 - Rapport préliminaire, p. 16.

270 - "Opinions québécoises au sujet du passé et de l'avenir de la Constitution canadienne", communication présentée à la Second Annual Conference on Canadian Affairs (U. du Manitoba), 29 janv., 1966, p. 9.

L'idée des pouvoirs secondaires ... est naturellement absente de l'esprit des hommes dans les siècles d'égalité ...; tandis qu'ils conçoivent, pour ainsi dire sans y penser, l'idée d'un pouvoir unique et central qui mène tous les citoyens par lui-même.

°°°
Après l'idée d'un pouvoir unique et central, celle qui se présente le plus spontanément à l'esprit des hommes, dans les siècles d'égalité, est l'idée d'une législation uniforme. Comme chacun d'eux se voit peu différent de ses voisins, il comprend mal pourquoi la règle qui est applicable à un homme ne le ²⁷¹serait pas également à tous les autres.

Aussi n'est-il pas simple d'accorder, au sein d'un même Etat, l'égalité de deux nations distinctes avec la règle de la majorité, qui s'impose si naturellement à l'esprit de la collectivité la plus nombreuse. Au Canada, la question est d'autant plus complexe que la collectivité minoritaire est concentrée dans le Québec et tend par le fait même à se structurer politiquement; si elle était dispersée uniformément à travers le pays, comme on l'a fait observer à la Commission lors de son passage à Calgary, le "problème" ne serait pas le même.²⁷² Comment concilier les aspirations d'un Québec plus autonome et l'existence d'institutions parlementaires fédérales dans lesquelles les Canadiens anglophones possèdent une large majorité?

Pour échapper à une majorité démocratique qu'il sent plus ou moins hostile à son existence même, le Canada français, s'il ne

271 - A. de Tocqueville, De la démocratie en Amérique (éd. U.G. d'E., 1963), p. 356.

272 - Rapport préliminaire, p. 91.

peut obtenir une certaine égalité au centre, s'identifiera de plus en plus avec le Québec. Cette tendance est d'ailleurs amorcée depuis longtemps, nous l'avons vu dans la première partie du présent travail, et doit sans doute être considérée comme irréversible; il reste à savoir jusqu'où les Québécois estimeront nécessaire de la pousser. A notre avis, ils tendront à se fier aux institutions plutôt qu'à de vagues compromis dictés par les circonstances, dont ils connaissent par expérience la valeur. L'égalité des deux nations devra donc être institutionnalisée d'une manière ou d'une autre au niveau des organes fédéraux, si l'on tient à maintenir l'entité politique canadienne.

D'un autre côté, on ne saurait s'attendre à ce que les Canadiens français abandonnent les positions acquises dans le Québec, ni même à ce qu'ils renoncent à les améliorer, l'expérience et la prudence ne leur permettant pas d'agir autrement. Peuvent-ils alors réclamer une égalité absolue dans les institutions centrales dans le moment même où ils s'en dégagent? C'est à la lumière de ces considérations préliminaires que nous allons étudier les conséquences du dualisme pour les institutions parlementaires.

Etats associés et parlementarisme

Le système des Etats associés avec législature unicamérale, tel que nous l'avons exposé plus haut, entraînerait deux divisions ou partages majeurs des députés, dont il faudrait tenir compte au moment du vote parlementaire: le partage en fonction des partis (nous présumons que ceux-ci continueraient d'exister), qui permettrait d'établir la majorité générale, et la division du vote en fonction des deux

Etats associés, laquelle déterminerait la double majorité requise pour l'adoption des lois ou des résolutions. Comme un même député pourrait difficilement voter de deux manières différentes, l'une selon la discipline de parti et l'autre selon l'appartenance nationale, une loi controversée ferait tôt ou tard surgir la nécessité d'opter pour le parti ou pour la nation. Nous ne croyons pas que le système parlementaire de type britannique puisse s'accommoder de telles contradictions internes; les whips y perdraient certes leur latin.

La logique des Etats associés voudrait sans doute plutôt deux assemblées, comme c'était le cas pour les Délégations de l'Autriche-Hongrie, qui ne siégeaient pas dans la même capitale. Les partis se reconstitueraient sans doute au sein de chaque assemblée, mais les votes séparés permettraient de tenir compte de la dimension nationale. L'expérience de l'Union de 1840 a montré qu'il est très difficile d'utiliser la double majorité au sein d'une seule et unique assemblée. Si le système des deux assemblées était adopté, la Législature du Québec pourrait peut-être constituer l'une de celles-ci: elle deviendrait de la sorte, pour certaines fins déterminées dans la Constitution, un organe confédéral.

Une autre solution, toujours dans la perspective des Etats associés, serait de constituer un parlement unicaméral ou bicaméral dans lequel la représentation serait paritaire, mais sans la nécessité de recueillir une double majorité, exception faite de certains cas, comme les amendements à la constitution. La division selon les partis constituerait alors le critère normal du vote, mais les deux ethnies ne manqueraient pas de s'opposer à l'occasion.

Dans l'ensemble, ces diverses possibilités ne nous paraissent guère compatibles avec le système parlementaire, lequel repose sur une étroite collaboration entre la Chambre et l'Exécutif et sur le bi-partisme.²⁷³ Dans la mesure où le gouvernement doit pouvoir s'appuyer sur une majorité stable et sur la loyauté des députés envers le parti, les scissions internes menacent le système lui-même; à plus forte raison ne pourrait-il résister à des "clivages" trop nombreux de l'opinion. Les Etats associés ne pourraient guère fonctionner qu'à l'intérieur du système présidentiel, dont nous reparlerons plus loin; même alors, il faudrait sans doute leur préférer une association ou union d'ordre purement administratif, sans législature commune, mais avec des rapports de coopération très étroits entre les gouvernements. Avant d'en venir là, cependant, il nous paraît plus opportun d'étudier la possibilité de concilier le statut particulier avec le système parlementaire.

Statut particulier et parlementarisme

Si l'on veut à la fois maintenir le régime fédéral et concrétiser l'égalité des deux nations dans les organes centraux du pays, il convient de limiter le plus possible l'usage de la double majorité et de la réserver au sujet qui touche du plus près aux droits et intérêts fondamentaux des deux collectivités en présence: les amendements constitutionnels. Pour un certain nombre d'autres questions,

273 - A. Mathiot, Le régime politique britannique (1955), pp. 80, 129 et ss.

économiques et financières par exemple, divers mécanismes de conciliation et d'ajustement devraient être mis au point et institutionnalisés, mais en utilisant toutes les ressources du fédéralisme décentralisé plutôt que les techniques rigides du dualisme strict. Un tel système permet de distinguer les catégories de problèmes et d'apporter à chacune une solution nuancée et précise; il présente également l'avantage de concilier le statut particulier que réclame le Québec et le système parlementaire, auquel demeurent attachées les autres provinces.

En restreignant de la sorte l'usage de la double majorité au sujet le plus important et le plus susceptible d'opposer les deux nations l'une à l'autre, il est possible de localiser le dualisme dans l'une des Chambres fédérales (le Sénat, par exemple) et de l'intégrer avec un minimum de perturbation dans le système parlementaire.

Nous nous proposons d'étudier les conséquences du principe de l'égalité des deux peuples sur chacune des deux chambres du Parlement central. En effet, il est fort probable que les Communes doivent s'adapter à la situation créée par le statut particulier du Québec sur le plan législatif, même en l'absence de toute révision constitutionnelle. Quant à la Chambre haute, elle devrait être remaniée, à notre avis, de façon qu'elle puisse remplir les fonctions de protection et de conciliation devenues indispensables à la survie du fédéralisme binational.

1^o La Chambre des communes. La représentation dans cette chambre du Parlement devrait, à notre avis, demeurer proportionnelle, pour deux raisons principales. En premier lieu, nous ne croyons pas qu'il soit possible de persuader la population anglo-canadienne d'abandonner complètement la rep. by pop., conquise en 1867, pour adopter le dualisme intégral; d'ailleurs, même du point de vue canadien-français un tel dualisme ferait sans cesse surgir des embarras inextriquables. En second lieu, l'obtention par le Québec d'un véritable statut particulier ferait disparaître plusieurs inconvénients que présente l'application du principe majoritaire pour les Canadiens français, au niveau fédéral.

Toutefois, s'il règle certains problèmes, le statut particulier en crée d'autres pour le bon fonctionnement des Communes. Dans la mesure où certaines compétences actuellement dévolues aux institutions fédérales seront exercées ou administrées par le Québec, les députés québécois ne devront-ils pas renoncer à voter les lois intéressant avant tout les neuf autres provinces? A ce sujet, le député P.-E. Trudeau a exprimé l'avis que le Québec "déciderait pour les autres provinces, mais celles-ci ne le feraient pas pour le Québec, à cause de son statut particulier."²⁷⁴

Cette difficulté est réelle, mais il ne faut pas en exagérer la portée. Il existe déjà de nombreuses situations où les députés d'une province votent des lois et des subsides qui n'intéressent qu'une autre province ou région du Canada. Les députés

des prairies n'ont jamais cru qu'ils devaient s'abstenir de voter les lois sur les pêcheries et deux des provinces maritimes estiment sans doute qu'ils ont le droit de voter des subsides pour soutenir le blé de l'Ouest; les dépenses engagées dans une région peuvent en effet avoir des répercussions sur le montant des impôts perçus dans l'ensemble du pays.

Il pourrait néanmoins se présenter des cas où un projet de loi intéresse toutes les provinces sauf le Québec, parce que celui-ci possède une législation particulière dans le domaine à l'étude. Supposons, par exemple, que le Québec soit la seule province à légiférer sur les banques d'épargne, alors que les autres provinces s'en remettent à la compétence exclusive du Parlement fédéral, telle que prévue au 16^e alinéa de l'art. 91; supposons qu'il en soit de même à l'égard des Indiens²⁷⁵. Quelle sera la position des députés du Québec aux Communes lorsque des projets de loi portant sur ces sujets seront soumis à leur considération? La Constitution ou le règlement de la Chambre devraient-ils prévoir leur abstention obligatoire? Bien que cette solution ne puisse logiquement être exclue, nous sommes d'avis qu'elle n'est ni inévitable, ni souhaitable et qu'il existe d'autres moyens de faire en sorte que les députés québécois n'exercent pas une influence indue sur la législation lorsque celle-ci ne s'applique pas au Québec.

275 - Ces exemples sont tirés de Faribault et Fowler, op. cit.
supra note 261, pp. 88, 153.

Tout d'abord, on ne peut nier que toutes les lois votées par le Parlement central conserveraient une grande importance pour le Québec, même si certaines ne s'y appliquent point, car la Législature québécoise serait sans doute influencée par la législation fédérale et, dans bien des cas, n'aurait aucun intérêt à voter ou maintenir des lois différentes pour la simple satisfaction d'être différente; l'intérêt des députés fédéraux québécois demeure donc certain. En second lieu, bon nombre de lois fédérales continueraient de s'appliquer au Québec et il importerait que les députés québécois demeurent associés à l'ensemble de la législation fédérale. Enfin, parmi tous les inconvénients que comportent les "systèmes compliqués", il convient de choisir les moindres: le droit de vote des députés québécois est sans doute préférable, du point de vue canadien-anglais, à la double majorité, qui constitue pour le Québec la seule autre solution possible.

En outre, le Parlement canadien a fait l'expérience, au temps de l'Union, d'un système qui rendit de très grands services lorsqu'il fut nécessaire d'éviter que les députés Bas-Canadiens n'aient une trop grande influence sur la législation haut-canadienne, et vice versa. Les comités spéciaux, en effet, furent composés exclusivement ou en grande majorité de députés représentant l'une des deux sections du Canada de l'époque et cette pratique fonctionna beaucoup mieux que la double majorité. Constitués après la seconde lecture des projets de lois, ces comités permirent de restreindre le débat aux principaux intéressés, du moins en ce qui concernait les

détails de chaque bill. Il était coutumier de voter ensuite les lois, en troisième lecture, avec un minimum de discussion. Cette méthode pourrait derechef être utile, tout en ne privant pas complètement les députés québécois de leur droit de participer au débat; à l'heure où il est question de revaloriser le Parlement en faisant appel de plus en plus aux comités permanents et spéciaux, elle s'inscrirait tout naturellement dans une réforme de la procédure des Communes et faciliterait la conciliation du statut particulier avec la rep. by pop.

2^o Le Sénat. Tournons-nous maintenant vers cette institution dont le P^r H.A. Smith écrivait, en 1923, qu'elle constitue "what is probably the weakest feature in the Canadian Constitution."²⁷⁷ Si l'on compare le Sénat canadien aux chambres hautes des autres fédérations, on constate que rares sont les institutions qui aient été aussi complètement détournées du rôle initial qui leur avait été attribué par les constituants.

A la Conférence de Québec, en 1864, les délégués des colonies britanniques passèrent six jours sur quatorze, dit-on, à chercher un terrain d'entente sur la question de la répartition des sièges du futur "Conseil législatif" (c'est ainsi qu'on appelait la Chambre haute à cette époque). Dans le Bas-Canada et les colonies du littoral atlantique, on craignait l'influence du Haut-Canada au sein de la Chambre basse, où la représentation proportionnelle allait lui donner une prépondérance marquée. A l'instar des Etats-membres

277 - Federalism in North America (1923), p. 79.

de l'Union américaine, les nouvelles provinces voulurent se protéger en se faisant représenter au sein d'une chambre haute. En effet, depuis que la Convention de Philadelphie confia au Sénat américain la tâche de défendre les intérêts des Etats, les chambres hautes, dont le rôle historique avait surtout consisté à mettre un frein aux incartades des assemblées populaires, ont trouvé une nouvelle raison d'être. En 1848, lorsque fut adoptée la constitution fédérative de la Suisse, les constituants s'étaient ralliés au même système, en sorte que le bicaméralisme était devenu un trait caractéristique des fédérations dont pouvaient s'inspirer les Pères de la Confédération.

Au cours des débats de 1865 à l'Assemblée canadienne, le rôle de la Chambre haute comme protectrice des intérêts régionaux et provinciaux (sectional interests) fut mentionné à plusieurs reprises, tant au Conseil législatif qu'à l'Assemblée, où John A. Macdonald déclara:

Afin de protéger les intérêts locaux de chaque province, nous avons jugé nécessaire de donner aux trois grandes divisions de l'Amérique Britannique du Nord une représentation égale dans la Chambre haute, car chacune de ces divisions aura des intérêts différents. D'un côté, c'est le Haut-Canada ..., éloigné de la mer et renfermant la population la plus considérable, qui aura des intérêts agricoles surtout à sauvegarder; de l'autre, c'est le Bas-Canada, dont les intérêts sont différents et qui veut surtout conserver intactes ses institutions et ses lois contre un pouvoir plus fort, plus considérable ou plus nombreux ... 279

278 - Débats sur la Confédération, pp. 22, 287.

279 - Idem, p. 85.

Cependant, la Chambre haute devait avant tout, dans l'esprit de Macdonald, remplir le rôle d'une chambre des lords, c'est-à-dire "modérer et contrôler" la législation.²⁸⁰ Les constituants de 1864 voulurent en somme s'inspirer à la fois du Sénat américain et de la Chambre haute britannique, dont les fonctions sont essentiellement différentes: le premier représente les Etats et la seconde, une classe sociale. Peut-être l'aspect "sénat" l'eût-il emporté si, comme le prescrivaient les Résolutions de Québec et de Londres pour les premiers sénateurs, le gouvernement fédéral avait continué à nommer les membres de la Chambre "sur la présentation des gouvernements locaux"²⁸¹ ou si ces derniers les avaient nommés directement eux-mêmes.²⁸² Toutefois, certains Pères de la Confédération craignirent apparemment de s'embarrasser d'une Chambre qui eût pu défendre efficacement les intérêts des provinces. La critique incisive de C. Dunkin, au cours des débats de 1865, fait admirablement bien ressortir les contradictions du système:

A mesure que des sièges deviendront vacants, comment seront-ils remplis? - Par le gouvernement général, sans tenir compte des législatures ou de toute autre influence locale, - et c'est ce que je trouve le plus fort! Et voilà ce qu'on appelle le caractère fédéral de notre nouveau système... Consultera-t-on les électeurs de quelque manière? Mon Dieu non! La Chambre haute serait ainsi un corps

280 - Ibid.

281 - Résolution no 14, dans Ollivier, op. cit. surpa note 42 , p. 41.

282 - Résolution no 15, dans idem, p. 52.

fédéral, elle aurait un contrôle sur le gouvernement général, et on ne veut pas de cela!

...
On ne prétendra pas, j'espère..., que ce conseil législatif [le futur Sénat] constitué sur des bases si différentes du Sénat des Etats-Unis, ... exercera un contrôle fédéral dans le système proposé. 283

C'était pourtant ce que prétendaient Macdonald, Cartier, Galt et plusieurs autres constituants au cours du débat de 1865, sans qu'il soit possible de déterminer où finissait la sincérité et où commençait le stratagème. Un livre récent consacré au Sénat porte, sans trop s'en rendre compte, semble-t-il, un jugement sévère sur la conduite de certains hommes politiques de l'époque. On peut en effet y lire les passages suivants:

The assertion of the federal function of the Senate at the time of Confederation ... was rather a well-calculated political device used as a constitutional tranquillizer to palliate the sectional fears of the weaker partners of federalism from the numerical majorities of the House of Commons. In order that such fears might not endanger the ultimate outcome of the bargain, the value of the Senate as a reliable safeguard of provincial rights had to be stressed...

...
Thus, the stratagem to present the Senate as a bastion of provincial rights appears to have succeeded in dispelling the original fears of those who felt themselves to be in a numerically disadvantageous position.

...

There must have been awareness that the role of the Senate ... was not to be that of a prime political force, yet allusions continued to be made to it as though it were... It seems clear that the theme of the Senate as a bulwark of provincial rights was essentially a rhetorical device, a psychological rather than a political remedy. 283bis

Quoi qu'il en soit, l'A.A.N.B. réserva la nomination des sénateurs au bon plaisir de la Reine, c'est-à-dire du gouvernement central,²⁸⁴ et Macdonald eut grand soin de ne nommer à la Chambre haute que des partisans tory; en vingt ans, il ne dérogea à cette pratique qu'à deux reprises. Laurier, pour contre-balancer l'influence conservatrice, se crut à son tour obligé de n'appeler que des libéraux. C'est ainsi que se forment les traditions: il y fut très peu dérogé par la suite.

Le rôle de la Chambre haute s'est profondément ressenti de ces procédés, d'autant qu'une fois installés à leur poste, les sénateurs y demeurent leur vie durant. L'expérience d'un siècle montre que le Sénat ne s'est pas considéré lui-même comme le protecteur des provinces, sauf en de rares occasions, comme en 1926, alors qu'il invoqua la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils pour refuser son assentiment à la Loi sur les pensions de vieillesse. Pour ce qui est du Québec, en particulier, la Chambre n'a jamais joué ce rôle essentiel, même dans

bis
283 - F.A. Kunz, The Modern Senate of Canada, 1925-1963 (1965), pp. 317-19.

284 - Débats sur la Confédération, p. 499.

les moments les plus critiques des rapports entre les deux Canadas, notamment au cours des deux crises de la conscription. Certes, les sénateurs québécois votèrent contre le gouvernement, mais il n'y fut guère prêté attention, tant l'importance de l'institution était considérée comme mineure²⁸⁵. En outre, au cours des querelles constitutionnelles et fiscales de 1936 et de l'après-guerre, la Chambre n'a pas tenu compte de la position clairement exprimée des provinces anglophones ou de celle du Québec (nous pensons aux lois sur les allocations familiales et sur le Conseil des Arts, dont la validité fut pourtant mise en doute par quelques sénateurs)^{285bis}. Le P^r R.A. Mackay, dans son livre sur le Sénat, publié pour la première fois en 1926 et qui demeure le classique sur la question, en vient à la conclusion suivante:

This, it is suggested, is likely to be the case in any issue between the provinces, or a province, and the Dominion. Senators, after all, owe nothing to their respective provincial governments or to a provincial electorate. They are appointed by a federal Prime Minister; in so far as they act as members of a party, they are members of a federal party. Long service at Ottawa, which many senators have, makes them nationally-minded rather than provincially-minded.²⁸⁶

Nous en concluons, pour notre part, que le Sénat est peu apte, dans son état actuel, à défendre les droits ou à représenter les intérêts

285 - Voir R.A. Mackay, The Unreformed Senate of Canada (éd. rev. 1963), p. 115.

^{bis}
285 - F.A. Kunz, op. cit. supra note 283bis, p. 324.

286 - Idem, p. 121. Voir également S.A. de Smith, The New Commonwealth and its Constitutions (1964), p. 122.

fondamentaux des provinces; ce ne fut jamais qu'une Chambre des lords au petit pied et l'on peut affirmer que cet aspect de l'ordre constitutionnel canadien n'a rien de commun avec le fédéralisme. Nous verrons plus loin que cette situation n'est peut-être pas étrangère à la crise actuelle des institutions.

D'aucuns estiment que le Sénat ne joue plus aucun rôle véritable et certains députés en réclament l'abolition pure et simple. Toutefois, la suppression de la seconde Chambre équivaudrait à une renonciation définitive au bicaméralisme, donc au fédéralisme. Aussi vaut-il mieux chercher la solution dans la transformation de son rôle et la réforme de sa structure.

Depuis deux générations, on s'ingénie, au Canada anglais, à revaloriser le Sénat. En 1926, le P^r Mackay proposa un certain nombre de remèdes: ne pouvait-on pas imposer une limite d'âge, par exemple? Le gouvernement présenta en 1952 un projet de loi en ce ²⁸⁷ sens, lequel fut retiré par la suite. Divers auteurs ont proposé également des solutions plus radicales, partant plus difficiles à faire accepter. Par exemple: désignation des membres de la Chambre haute limitée à des périodes restreintes, allant de six à dix ans; nomination d'hommes politiques représentant l'opposition dans chaque province, comme cela avait été prévu pour les premiers sénateurs dans les Résolutions de Québec et de Londres; nomination de personnes appartenant aux associations professionnelles, aux syndicats et aux

287 - Débats du Sénat, 1951, pp. 58, 512 et passim.

groupes culturels, comme cela est courant dans quelques pays. Certes, ce sont là des suggestions très aptes à insuffler une vie nouvelle au Sénat, mais elles ne feraient pas pour autant de cette chambre le représentant des provinces et encore moins des deux groupes nationaux qui ont posé les fondements du pays.

Pour que la Chambre haute puisse remplir un rôle utile et conforme aux conditions et besoins du Canada, il importe qu'elle devienne représentative des groupes d'intérêts qui s'affrontent au sein de la Fédération et qui ne trouvent à l'heure actuelle, aucune institution permanente où ils puissent, en tant que tels, se rencontrer, dialoguer et composer. Or, ces intérêts sont de deux ordres, régionaux et culturels. Les régions s'opposent surtout sur le plan économique, bien que le Québec constitue en outre une entité culturelle distincte; quant aux cultures, elles s'étendent théoriquement d'un océan à l'autre. Un nouveau Sénat pourrait représenter les intérêts régionaux ou les intérêts culturels et dans les deux cas, la nomination des sénateurs ne devrait plus relever du gouvernement central. Il convient d'étudier chacune de ces propositions séparément car les modalités et les conséquences n'en sont pas les mêmes.

a) L'idée d'un Sénat représentatif des diverses régions canadiennes est déjà ancienne puisque tel était l'un des rôles que pensèrent lui attribuer les constituants de 1864. Rappelons qu'en 1951 quelques sénateurs opinèrent qu'il était opportun de confier aux gouvernements provinciaux la nomination d'un quart, ou d'un

288
tiers, des membres de la Chambre. Le P^r Mackay approuve le principe d'une telle réforme, mais craint qu'une trop grande proportion de représentants provinciaux ne nuise au fonctionnement du régime parlementaire; un Sénat trop dynamique aurait tendance, selon lui, à imiter les communes et voudrait sans doute contrôler les actes et les politiques de l'²⁸⁹Exécutif. Ces réserves soulèvent les questions distinctes de la composition et des pouvoirs de la Chambre.

Pour ce qui est de la composition ou structure d'une assemblée des régions, il ne serait point nécessaire de s'éloigner d'une division quadripartite identique à celle qui prévalait avant l'entrée de Terre-Neuve dans la Fédération (1949). L'Ontario, le Québec, l'Ouest et les Provinces maritimes posséderaient donc, comme à l'heure actuelle, une représentation égale et les sièges seraient répartis à l'intérieur de chaque région, selon la population de chaque province.²⁹⁰ Quant à la province de Terre-Neuve, qui constitue exceptionnellement une région distincte, représentée par six sénateurs, elle pourrait être rattachée aux autres Provinces maritimes.

Le mode de nomination des membres ainsi que les qualités requises varient considérablement dans les fédérations étrangères. Une solution consiste à fixer dans la Constitution fédérale le mode de nomination ou d'élection des sénateurs par les provinces.

288 - Idem., pp. 133, 216.

289 - Op. cit. supra note 285, pp. 180, 188.

290 - Cf. A.A.N.B., 1915, 5-6 Geo. V, chap. 45, art. 1er.

C'est ainsi que la Constitution australienne prévoit, à l'instar de la Constitution américaine, l'élection par la population d'un nombre égal de sénateurs pour chaque Etat²⁹¹. Toutefois, il s'est révélé à l'usage que ce système entraîne la domination de la Chambre haute par les partis politiques nationaux, en sorte que les points de vue et les intérêts régionaux ne sont point représentés en pratique.²⁹²

En Inde, le Rajya Sabha est élu par les législatures provinciales et territoriales, sauf douze membres qui sont choisis par le gouvernement central parmi les citoyens qui se sont distingués dans la littérature, les arts ou les sciences.²⁹³ Apparemment, cette formule n'a pas empêché les partis politiques fédéraux de s'emparer de la Chambre haute et d'y effacer presque entièrement l'influence locale.²⁹⁴ Toutefois, l'élection du Sénat canadien par les législatures est une formule qui donnerait peut-être d'heureux résultats au Canada, en particulier s'il était possible d'obtenir que les oppositions provinciales soient représentées.

Il existe également des fédérations où les membres des chambres hautes sont nommés par les Etats-membres. En Suisse, le Conseil des Etats compte deux députés par canton, désignés et indemnisés par ceux-ci suivant le mode qui leur convient.²⁹⁵ En

291 - Constitution australienne, art. 7.

292 - de Smith, op. cit. supra note 286, pp. 122-3.

293 - Constitution de l'Inde, art. 80.

294 - W.H. Morris-Jones, Parliament in India, pp. 255 et ss.

295 - Constitution helvétique, art. 80 et 83.

République Fédérale Allemande, le Conseil fédéral (Bundesrat) se compose de membres des gouvernements des Länder, qui les désignent et les révoquent à volonté, et la représentation de chaque Land varie selon la population.²⁹⁶ Dans le système helvétique, les représentants des cantons ne reçoivent pas d'instructions de leur part, tandis que le délégué d'un Land allemand doit s'en tenir à son mandat et peut être appelé s'il ne s'y conforme pas.²⁹⁷

Le droit constitutionnel comparé offre donc de multiples solutions, qui ne peuvent cependant être séparées de leurs origines historiques particulières. Au Canada, une fois admis le principe que les sénateurs doivent représenter les régions et provinces, le mode de nomination et les qualités requises pourraient être laissés aux constitutions provinciales. Toutefois, il conviendrait sans doute d'imposer une ou deux règles générales quant à la durée du mandat des sénateurs et au renouvellement de la Chambre, de manière à obtenir un équilibre entre la nécessité d'une certaine stabilité de l'institution et le besoin où pourrait se trouver une province de changer au moins partiellement ses représentants.

En ce qui concerne l'étendue des compétences de la Chambre haute, on est certes fondé à s'interroger sur les conséquences qu'entraînerait pour le système parlementaire un Sénat doté de

296 - Loi fondamentale de la République Fédérale Allemande, art. 51. Tout Land dispose d'au moins trois voix. Les Länder de plus de deux millions d'habitants disposent de quatre voix et ceux de plus de six millions d'habitants, de cinq voix.

297 - C. Lassalle, Le fédéralisme dans la Loi fondamentale de la R.F.A. (1954), p. 87.

pouvoirs réels. Ne peut-on craindre, par exemple, que cette chambre et les communes n'entrent en conflit à tout propos? En outre, un Sénat qui serait en mesure de provoquer une dissolution du Parlement placerait le gouvernement dans la nécessité de se garer de deux côtés à la fois et risquerait de provoquer une instabilité chronique. Or, la raison d'être d'une Chambre haute rénovée ne serait pas, dans notre esprit, de faire concurrence aux communes, mais de sauvegarder les droits des collectivités-membres dans les domaines qui les touchent le plus immédiatement. En l'occurrence, la Chambre pourrait se voir attribuer des compétences spéciales, dont elle partagerait certaines avec les communes. A titre d'exemples, mentionnons l'approbation des principaux accords internationaux conclus par le gouvernement fédéral, les décisions concernant la guerre et la paix, la défense des droits linguistiques et scolaires des minorités, le réseau fédéral de radiodiffusion, l'approbation des nominations de juges fédéraux et d'envoyés diplomatiques, l'élection des membres de la Cour constitutionnelle²⁹⁸ et les modifications à la Constitution (sous réserve de l'approbation de l'organe constituant). Dans ces domaines précis, la Chambre haute serait en mesure de tenir le gouvernement en échec, mais elle ne pourrait le forcer à faire face à des élections; l'Exécutif ne serait responsable que devant les communes, comme c'est le cas à l'heure actuelle.²⁹⁹ En revanche, le Sénat ne pourrait être dissous par le gouvernement.

298 - Voir le chap. VIII ci-dessous.

299 - Nous sommes d'accord sur ce point avec T. Lloyd, "A Bi-National Second Chamber" (1964), Canadian Forum, tome 44, p. 69.

Le système que nous venons de décrire comporte quelques difficultés qui méritent d'être commentées. C'est ainsi que la sélection des sénateurs par les gouvernements provinciaux entraînerait une dépendance assez étroite des premiers envers les seconds: même si les représentants n'étaient pas liés par des instructions précises, il leur faudrait constamment tenir compte de la politique suivie par les gouvernements provinciaux, tout comme le Sénat actuel subit nécessairement l'influence du gouvernement fédéral. Cette objection n'est guère décisive, cependant, car la situation actuelle soulève des difficultés non moins considérables causées par l'affrontement direct des Exécutifs fédéral et provinciaux. L'une des graves lacunes du régime actuel est l'absence d'un forum où les provinces (et le Québec en particulier) puissent faire entendre leur voix d'une manière permanente au sein même des organes centraux. La solution proposée n'est pas exempte de difficultés, mais, de tous les inconvénients qu'entraîne la coexistence de deux nations dans un même Etat, il faut savoir choisir les moindres.

La structure du Sénat décrite plus haut soulève un second problème. La Chambre étant composée d'une majorité d'Anglo-Canadiens (grosso modo, les trois quarts), le Québec risquerait de se trouver souvent en minorité lors des votes. A cela, on peut répondre que la position du Québec serait de toute façon bien plus forte, dans les organes centraux, qu'elle ne l'est à l'heure actuelle et lui assurerait un pouvoir d'inhibition considérable. Néanmoins, le peuple majoritaire pourrait encore imposer sa volonté s'il estimait que ses intérêts vitaux ou ses conceptions fondamentales étaient en jeu.

Aussi conviendrait-il, si l'on instituait un Sénat représentatif des provinces, que certaines questions cruciales, comme les amendements constitutionnels et les décisions concernant l'envoi de troupes à l'étranger, soient sujettes à la double majorité. L'histoire enseigne en effet que dans ces domaines, l'égalité des deux peuples n'a d'autre garantie qu'un égal pouvoir de décision. Ces considérations nous portent à penser qu'on devrait également étudier la possibilité d'un autre type de Sénat, fondé carrément sur le caractère binational du pays.

b) Ne peut-on considérer, en effet, la création d'un Sénat qui reflète la coexistence des deux nations canadiennes en accordant une représentation égale aux anglophones et aux francophones, sans égard aux frontières provinciales ou régionales? En d'autres termes, les sièges seraient répartis à travers tout le Canada, solution qui permettrait aux minorités françaises de toutes les provinces et à la minorité anglophone du Québec d'être représentées à la Chambre haute.

Les fonctions et pouvoirs d'un tel Sénat pourraient être sensiblement les mêmes que ceux de l'assemblée des régions décrite plus haut, mais l'accent porterait sans doute davantage, dans la pratique, sur les questions culturelles. L'initiative pour la proposition des lois appartiendrait à la Chambre, dans les limites de sa compétence, mais il faudrait reconnaître au gouvernement un droit de veto, de manière qu'un équilibre s'établisse entre les deux pouvoirs. Le Sénat ne pourrait provoquer la chute de l'Exécutif et, en contrepartie, celui-ci ne pourrait dissoudre la Chambre.

La répartition des sièges devrait être proportionnelle à la population. Toutefois, comme le suggère le P^r T. Lloyd, le groupe francophone devrait comporter au moins un représentant pour chaque province.³⁰⁰

Ce second type de Sénat soulève également des difficultés qu'il nous faut examiner. En premier lieu, la nature même de la représentation exclut la nomination des sénateurs par les gouvernements provinciaux. Une solution consisterait à les faire élire: il faudrait alors établir deux listes sur lesquelles pourraient librement s'inscrire les électeurs, soit au moment du recensement décennal, soit avant chaque élection, qui aurait lieu en même temps que celle des communes. Cependant, un tel système pourrait tomber sous la coupe des partis et la Chambre haute risquerait de n'être plus alors qu'une copie des communes. Nous sommes cependant enclin à penser que cette objection n'est pas péremptoire. Tout d'abord, la nature même de l'institution inviterait les électeurs à écarter les préoccupations d'ordre partisan. En second lieu, même la présence d'éléments partisans ne détruirait sans doute pas le rôle utile que pourrait jouer une telle chambre, ni son aptitude à résoudre les problèmes.

Si l'on craignait que le Sénat soit de toute façon dominé entièrement par les partis et ne représente plus les deux peuples que d'une manière accessoire, il serait possible de concevoir un mode d'élection ou de nomination par les divers corps intermédiaires de chaque nation (associations culturelles, syndicats, chambres de

commerce, sociétés patriotiques etc.), qui permettrait d'ailleurs d'obtenir une représentation plus diversifiée.

Les deux types de chambres hautes que nous venons de décrire diffèrent entre eux non seulement dans leur structure, mais dans leur nature même. Le Sénat représentatif des régions et provinces met en relief et protège avant tout leur autonomie, tandis que le Sénat binational tend à créer des liens entre les membres de chaque peuple par delà les frontières provinciales. Le second nous paraît donc une solution théoriquement plus conforme au principe de l'égalité des deux peuples, que la Commission considère comme l'idée-force du mandat qui lui a été confié. En outre, le Québec, s'il est doté d'un véritable statut particulier, aura moins besoin de la Chambre haute pour défendre son autonomie; le problème à résoudre consistera plutôt à assurer la participation de la province au pouvoir central et à protéger les minorités.

Fédéralisme et régime présidentiel

Il ressort de l'exposé qui précède qu'il n'est pas simple de concilier les exigences de l'égalité des deux nations avec le régime parlementaire. L'égalité relative que nous avons proposée, qui est fondée à la fois sur un certain dégagement du Québec par rapport au pouvoir central et sur une participation plus intime au fonctionnement de ce même pouvoir dans certains domaines précis, entraîne d'ailleurs des conséquences institutionnelles plus compliquées que ne le ferait une égalité purement mathématique. La raison en est que la société qu'il s'agit de structurer n'est pas simple non plus et que

le régime parlementaire n'est peut-être pas celui qui convient le mieux aux circonstances politiques, sociales, ethniques, religieuses et économiques du pays.

L'influence des institutions unitaires britanniques, avec chambre dominante et fortes organisations partisans, fut et demeure trop prononcée au Canada. Dans le préambule de l'A.A.N.B., il est déclaré que les quatre provinces initiales ont exprimé "le désir de se fédérer en un dominion ... régi par une constitution semblable³⁰¹ en principe à celle du Royaume-Uni". Sans doute cet attachement aux institutions de la mère-patrie, à la monarchie et au parlementarisme, témoigne-t-il d'un besoin profond chez les constituants conservateurs de 1864 de se distinguer des Etats-Unis républicains et libéraux. Cependant, l'histoire veut que la société canadienne, par sa diversité, ressemble peu à celle de la Grande-Bretagne. En important les institutions d'un Etat homogène pour y faire entrer coûte que coûte une société hétérogène, les Pères de la Confédération ont mis en place un dispositif dont les failles devaient tôt ou tard paraître à la surface.

Comme le démontre l'auteur américain S.M. Lipset, le système du gouvernement responsable impose aux partis britanniques une discipline très rigide qui constitue la rançon de la stabilité. De tels partis, s'ils répondent assez bien aux circonstances de la Grande-Bretagne, où le "clivage" socio-économique constitue la seule

301 - Texte dans Ollivier, op. cit. supra note 42, p. 65.

division fondamentale de l'opinion et trouve son expression dans le two-party system, ne sont guère en mesure d'accommoder de multiples clivages, comme les disparités régionales, les différences ethniques, 302 les oppositions religieuses, etc. Cherchant à exprimer leurs aspirations ou leurs besoins divergents, les Canadiens ont créé des partis provinciaux très souvent opposés au pouvoir fédéral (United Farmers, Social Credit, C.C.F., Union Nationale), phénomène d'ailleurs conciliable avec l'autonomie; puis, ne trouvant pas dans la structure centrale un mécanisme qui leur eût permis de faire valoir leurs revendications ethniques ou régionales, ils ont fait éclater le cadre trop rigide du two-party system, ébranlant à la longue la stabilité gouvernementale et le parlementarisme. C'est ainsi qu'on a vu apparaître sur la scène fédérale des partis qui, malgré tous leurs efforts, sont demeurés essentiellement régionaux: Social Credit, Bloc populaire, Crédit social. Ainsi, malgré la tendance connue du scrutin majoritaire à un seul tour à favoriser la division de 303 l'opinion en deux grands partis, le multipartisme est devenu une caractéristique majeure du Canada contemporain.

Aussi l'idée d'avoir recours au régime présidentiel s'impose-t-elle à quelques esprits depuis quelques années. Le système des primaries et l'absence d'une discipline de parti rigide permettent en effet aux représentants du peuple américain, par exemple, de

302 - "Democracy in Alberta" (1954), Canadian Forum, tome 34, pp. 175, 196, 223.

303 - Sur ce point, voir Mathiot, op. cit. supra note 273, p. 84; M. Duverger, Les régimes politiques (1960), p. 82.

s'opposer à certaines politiques proposées par leur parti à l'échelle nationale; la non-responsabilité du président devant les Chambres et la possibilité du président devant les Chambres et la possibilité de constituer un "best-man government", lequel n'a pas à se défendre au jour le jour devant l'assemblée populaire, présentent également des attraits puissants dans une société complexe. Il n'est jusqu'au premier ministre fédéral, M. L.B. Pearson, qui ne soit tenté de faire appel à certains avantages du régime présidentiel, notamment l'indépendance plus grande de l'Exécutif par rapport au Congrès et l'utilisation systématique des comités parlementaires.³⁰⁴

Si nous sommes d'opinion que les institutions unitaires britanniques ne peuvent être transposées telles quelles dans un pays comme le Canada, nous ne sommes pas pour autant convaincus que le système présidentiel constitue la panacée recherchée. Les problèmes qui ont donné naissance à la Constitution américaine, dont sont dérivés la plupart des régimes de type présidentiel,³⁰⁵ ne sont pas les mêmes que ceux qui préoccupaient les constituants canadiens en 1865. Le Congrès de Philadelphie avait à concilier les intérêts de treize colonies et à remplacer le monarque britannique déchu, tandis que les Pères de la Confédération voulurent unir deux peuples et six colonies sous l'empire des institutions existantes. Aujourd'hui, les problèmes demeurent différents: l'évolution des Etats-Unis fait

304 - The Prime Minister on the P. Burton Show, poste CJOH, Ottawa, 14 fév. 1966.

305 - Voir Duverger, op. cit. supra note 303, pp. 94-9.

dire à certains auteurs que le système gouvernemental américain n'est plus à la mesure des tâches nouvelles qui s'imposent au pays, ³⁰⁶ tandis que le Canada doit faire face au problème de la coexistence des deux nations, que l'on avait soigneusement ignoré jusqu'à ces derniers temps.

Appliqué intégralement au Canada, le régime présidentiel pourrait soulever autant de problèmes qu'il n'en résoudrait. Les pouvoirs énormes du président, son "irresponsabilité" devant les Chambres, aboutiraient tout aussi bien, selon les hommes et les circonstances, à l'éclatement du pays qu'au renforcement de sa cohésion. Il n'est que d'imaginer l'élection par les provinces anglophones d'un président hostile au Québec et s'entourant de Canadiens français "choisis" ... Il n'est pas sûr non plus que la discipline moins exigeante des partis, en régime présidentiel, amènerait un retour au bipartisme et à la stabilité gouvernementale, ni qu'elle permettrait au Canada français d'exercer une plus grande influence: en effet, si les députés canadiens-français pouvaient faire bloc sans égard aux frontières des partis, les Anglo-Canadiens pourraient en faire autant.

306 - Idem, p. 93.

A notre avis, il suffirait, pour l'avenir prévisible, de corriger le bicaméralisme de façade qui prévaut au Canada et en y instaurant une véritable Chambre haute, sans pour autant supprimer les liens étroits qui existent entre l'Exécutif et les communes.³⁰⁷

307 - On pourrait également avancer quelques autres suggestions empruntées au régime présidentiel, bien qu'elles ne soient pas directement pertinentes à notre sujet. Il serait possible, par exemple, de favoriser une plus grande stabilité parlementaire en retirant au premier ministre le pouvoir de dissoudre le Parlement à discrétion. Le Parlement pourrait de la sorte rejeter ou modifier certains projets de loi proposés par le ministère sans être menacé d'une élection à brève échéance. Le pouvoir de dissolution appartiendrait au Parlement lui-même, qui pourrait l'exercer par un vote à majorité renforcée, à moins d'adopter un système d'élections à dates régulières. Au cours de la session de 1966, cette question a été débattue aux communes lors de la présentation des bills C-57 et C-127. En raison de la démission toujours possible du Cabinet et de l'impossibilité où pourrait se trouver le gouverneur général de constituer un gouvernement stable, les élections à périodes fixes ne nous semblent guère compatibles avec le régime parlementaire (on y songe cependant en Inde, quitte à prévoir quelques exceptions); mais on pourrait reconnaître au Parlement le droit de demeurer en exercice pendant trois ou quatre ans, sauf si le gouvernement était renversé par un vote spécial, tel qu'indiqué plus haut. Voir débats, session 1966, pp. 447, 1239, 1496.

Chapitre VII

DUALISME ET POUVOIR EXECUTIF

Evolution historique du Pouvoir exécutif fédéral

Le Canada obtint l'autonomie législative bien avant que le gouvernement britannique ne consente à se départir de ses pouvoirs exécutifs à l'égard des affaires de la colonie. Le Colonial Office se refusait en effet à toute réduction des prérogatives du gouverneur qui eût entraîné une diminution du contrôle impérial sur la situation interne du pays ou sur ses rapports avec le monde extérieur.³⁰⁸ Cependant, à compter du moment où Lord Elgin instaura le régime du gouvernement responsable, il était inévitable que le gouverneur (ou, après 1867, le gouverneur général) perde peu à peu de son importance en tant que représentant du gouvernement britannique pour faire place à l'indépendance croissante de l'Exécutif canadien.

Si le Bas-Canada n'eût point perdu sa Législature en 1840, l'évolution du rôle du gouverneur aurait peut-être favorisé l'autonomie croissante de l'Exécutif bas-canadien et l'évolution du statut de la colonie au sein de l'Empire. Toutefois, une telle possibilité parut contraire aux intérêts britanniques: le gouvernement responsable ne pouvait être accordé qu'à une colonie décidément anglaise, d'où l'union des deux Canadas.

308 - Voir G. Neuendorff, Studies in the Evolution of Dominion Status (1942), p. 268.

Lors de la conférence de Québec, en 1864, les délégués des colonies voulurent que le nouveau gouverneur général fut doté d'un rôle prépondérant par rapport aux lieutenants-gouverneurs provinciaux: ceux-ci devaient être nommés et payés par le gouverneur général en conseil.³⁰⁹ En outre, le gouvernement fédéral devait nommer et payer les juges des cours supérieures dans les diverses provinces et se voyait attribuer tous les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement des obligations des provinces fédérées envers les pays étrangers, par suite des traités entre la Grande-Bretagne et ces pays.³¹⁰ Enfin, les bills des législatures locales étaient sujets au désaveu du gouverneur général pendant douze mois après leur adoption.³¹¹ Les articles 58, 59, 60, 90, 96, 100 et 132 de l'A.A.N.B. consacrèrent en 1867 toutes ces recommandations des Pères de la Confédération.

La création des législatures provinciales du Québec et de l'Ontario, ainsi que la lutte entre les partisans d'un gouvernement central puissant et les défenseurs de l'autonomie des provinces devaient cependant mettre en question le principe de la subordination des lieutenants-gouverneurs et des gouvernements provinciaux. Dès 1892, le Comité judiciaire du Conseil privé décida que "le lieutenant-gouverneur ... est tout autant le représentant de Sa Majesté, pour tous les aspects du gouvernement provincial, que le gouverneur général lui-même l'est pour les fins du gouvernement du Dominion."³¹²

309 - Résolutions nos 38 et 39, dans Ollivier, op. cit. supra note 42, p. 45.

310 - Idem, art. 30 et 33.

311 - Idem, art. 51.

312 - Réf. supra note 66.

On avait soutenu, en effet, que l'A.A.N.B. avait tranché le lien direct qui existait auparavant entre la Couronne et les provinces et avait fait du gouvernement fédéral l'unique représentant de Sa Majesté. Au nom du Comité, Lord Watson répondit que

Le but de l'Acte était non pas de fusionner les provinces en une seule ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée d'une façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie. Ce but fut atteint par la répartition, entre le Dominion et les provinces, de tous les pouvoirs exécutifs et législatifs..." 313

Si cet arrêt mettait fin à une certaine conception étriquée du rôle des provinces, il n'empêchait pas pour autant le rôle du gouverneur général de croître aux dépens du gouvernement britannique, tandis que les fonctions des lieutenants-gouverneurs et des Exécutifs provinciaux demeuraient nécessairement figées par la Constitution. Effectivement, les pouvoirs de l'Exécutif central n'ont fait que s'étendre à la faveur des conférences impériales et des conflits mondiaux, particulièrement dans le domaine des relations internationales et des traités. Plus récemment, comme nous l'avons vu dans la première partie du présent ouvrage, ce même Exécutif, avec l'aide d'une fonction administrative de plus en plus développée, a tenté d'imposer aux gouvernements provinciaux une certaine tutelle, grâce à la centralisation fiscale, aux techniques keynésiennes et aux subventions conditionnelles.

Depuis quelques années, les revendications du Québec ont eu pour effet de mettre en question les positions acquises par l'Exécutif fédéral, tant à l'égard des traités que dans le domaine économique et fiscal. Est-il possible de concilier le dualisme constitutionnel réclamé par divers milieux québécois avec la conception que l'on se fait du pouvoir exécutif fédéral dans les autres provinces et à Ottawa?

Autonomie et treaty-making power

1^o La plupart des attitudes prises par le gouvernement du Québec depuis quelques années indiquent clairement qu'il associe étroitement l'autonomie législative et l'autonomie exécutive: l'une n'est rien sans l'autre. Au début de l'année 1965, le gouvernement provincial appliqua ce raisonnement au cas des accords internationaux et décida de signer lui-même avec la France une "Entente entre le Québec et la France sur un programme d'échanges et de coopération dans le domaine de l'éducation."³¹⁴ Ce document, qui fut suivi d'un second accord en novembre 1965,³¹⁵ constitue la première entente officielle

314 - Cette entente fut signée le 27 février 1965, au nom du gouvernement français par MM. C. Fouchet, ministre de l'Education nationale, et J. Basdevant, directeur général des Affaires culturelles au Quai d'Orsay. Du côté québécois, les pleins pouvoirs avaient été attribués par décret ministériel (no 267, du 16 fév. 1965) à MM. P. Gérin-Lajoie, vice-président du Conseil et ministre de l'Education, et C. Morin, sous-ministre des Affaires fédérales-provinciales.

315 - Accord culturel du 24 nov. 1965 entre la France et le Québec, signé par M. F. Leduc, ambassadeur de France au Canada, et M. P. Laporte, ministre des Affaires culturelles du gouvernement québécois.

conclue entre un gouvernement provincial et un Etat étranger et, de ce fait, n'a pas manqué de soulever de vifs débats, tant à la Chambre des Communes que dans la presse.³¹⁶ Le gouvernement fédéral a profité de l'occasion pour rappeler que, selon lui, le Canada ne possède qu'une seule personnalité internationale au sein de la société des Etats et que seul, l'Exécutif central a le pouvoir de conclure des traités avec l'étranger. Pour mieux marquer cette assertion, le ministère des Affaires extérieures eut un échange de lettres avec l'Ambassade de France, dans lequel il est dit que l'entente ren-³¹⁷ contre l'assentiment du gouvernement canadien. Si le geste de Québec constituait un précédent en faveur d'une certaine capacité internationale de la province, Ottawa s'empressait donc de le contester sur le plan des principes.

Aussi le gouvernement québécois est-il revenu à la charge, quelques semaines plus tard, par la voix de M. P. Gérin-Lajoie, vice-président du Conseil et ministre de l'Education. Devant le corps consulaire de Montréal, le ministre développa la thèse de la capacité internationale du Québec dans les termes suivants:

Au moment où le gouvernement du Québec prend conscience de sa responsabilité dans la réalisation du destin particulier de la société québécoise, il n'a nulle envie d'abandonner au gouvernement fédéral le pouvoir d'appliquer les conventions dont les objets sont de compétence provinciale. De plus, il se rend bien compte que la situation constitutionnelle actuelle comporte quelque chose d'absurde.

316 - Débats, session 1965, tome 110, pp. 395-8, 838, 1290.

317 - Idem, p. 1093.

Pourquoi l'Etat qui met un accord à exécution serait-il incapable de le négocier et de le signer lui-même? Une entente n'est-elle pas conclue dans le but essentiel d'être appliquée, et n'est-ce pas à ceux qui la doivent mettre en oeuvre qu'il revient d'abord d'en préciser les termes?

Il fut un temps où l'exercice exclusif par Ottawa des compétences internationales n'était guère préjudiciable aux intérêts des Etats fédérés, puisque le domaine des relations internationales était assez bien délimité.

Mais de nos jours, il n'en est plus ainsi. Les rapports interétatiques concernent tous les aspects de la vie sociale. C'est pourquoi, dans une fédération comme le Canada, il est maintenant nécessaire que les collectivités membres qui le désirent, participent activement et personnellement à l'élaboration des conventions internationales qui les intéressent directement. ³¹⁸

La réplique du gouvernement fédéral fut communiquée à la presse le 23 avril 1965 et commentée au Parlement d'Ottawa quelques jours plus tard. Le ministre des Affaires extérieures s'y montrait disposé à prêter la main au Québec ou à toute autre province en matière de traités, à condition qu'ils soient compatibles avec la politique générale de l'Etat central et qu'en outre, il soit fait appel au treaty-making power fédéral au moment de la conclusion formelle des accords. De la sorte, les deux thèses en présence se

318 - Allocution, supra note 263.

319 - Débats, session 1965, pp. 395 et ss.

trouvent clairement définies. D'une part, toute capacité internationale est refusée aux Etats-membres de la Fédération canadienne, bien que certaines concessions soient consenties au niveau de la pratique. D'autre part, on affirme qu'une fédération comme le Canada "possède au contraire une double personnalité, l'une émanant des domaines ou [l'Etat] fédéral est compétent, l'autre des domaines que la Constitution désigne comme provinciaux."³²⁰

Le dualisme proposé par le Québec est applicable en principe à toutes les provinces: ce sont les deux niveaux de gouvernement et non Ottawa et Québec qui constituent les pôles de la dualité. Cette solution est étroitement liée au dilemme auquel fait face le Canada depuis l'arrêt du Conseil privé, en 1937, dans l'affaire des Conventions sur le travail (Labour Conventions Case).³²¹ Les compétences réservées aux provinces, fort nombreuses, ne peuvent en effet être l'objet d'un accord international, à moins que les législatures provinciales ne consentent à voter les lois nécessaires à la mise en oeuvre de l'accord. Le gouvernement central, seul compétent pour conclure les traités, selon l'interprétation qu'il donne lui-même de la Constitution, voit de la sorte ses activités restreintes sur le plan international, tandis que les provinces sont réduites à défendre leur autonomie d'une manière essentiellement négative. Cette situation, il va sans dire, n'est guère favorable

320 - Déclaration de M. Gérin-Lajoie, Le Devoir, 1er mai 1965, p. 5.

321 - A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario, [1937] A.C. 326. La Cour suprême n'avait pu en venir à une décision majoritaire: voir [1936] R.C.S. 473.

au progrès de la législation domestique et encore moins à celui du droit international.

Depuis trente ans que le pays stagne dans cette impasse, les auteurs anglo-canadiens donnent libre cours à leur espoir que la Cour suprême, désormais gardienne de la Constitution, renverse l'arrêt du Conseil privé et rende enfin à l'Etat fédéral la prédominance que les constituants du siècle dernier avaient voulu lui attribuer. Le haut tribunal n'est pas demeuré entièrement insensible à ce courant d'opinion, sans toutefois aller jusqu'à modifier la jurisprudence établie; c'est ainsi que le juge en chef Kerwin laissait entendre, il y a une dizaine d'années, qu'il faudrait peut-être³²² revoir l'arrêt de 1937. Dans une autre affaire, Johanneson v. Municipality of West Saint-Paul (1952), plusieurs juges donnaient comme raison accessoire de leur décision, le fait que l'aviation civile présentait désormais "des dimensions nationales" ou encore que l'existence même de la Convention de Chicago prouvait le³²³ "caractère national" de son objet. Naturellement, le Québec ne peut que s'inquiéter de ces tendances, car l'arrêt du Conseil privé constitue l'une des garanties les plus importantes de l'autonomie provinciale.

2° D'ailleurs, l'attitude des autres provinces n'est pas sans justifier les positions prises par le gouvernement québécois

322 - Francis v. The Queen, [1956] R.C.S., pp. 618, 621.

323 - [1952] 1 R.C.S. 303. Voir en particulier l'opinion des juges Estey et Locke, p. 308. Quelques passages indiquent des tendances semblables chez les juges Kerwin et Rinfret.

en matière de treaty-making power. Si l'on examine attentivement la pratique de certaines capitales provinciales, en effet, on constate que les besoins nouveaux créés par les rapports de plus en plus étroits entre tous les pays ont provoqué depuis quelques années la découverte empirique de solutions nouvelles. C'est ainsi que le Nouveau-Brunswick a dû conclure un certain nombre d'ententes plus ou moins officielles avec l'Etat du Maine pour la construction et l'entretien de quatre ponts internationaux situés sur les rivières Ste-Croix et St-Jean.³²⁴ Cependant, lorsque la province tenta, en 1951, à l'invitation du Maine, de se joindre officiellement au Pacte relatif à la lutte commune contre les incendies de forêt,³²⁵ le gouvernement fédéral s'y opposa et l'accord ne put être complété. Bien entendu, la nécessité de la collaboration internationale ne s'en fait pas moins sentir: la province et l'Etat voisin doivent donc, avec ou sans entente, se prêter main-forte et organiser l'entraînement du personnel en commun.

La Nouvelle-Ecosse se montra plus avisée lorsqu'elle entreprit, vers 1955, de conclure un accord avec les Pays-Bas pour l'établissement d'immigrants hollandais sur de nouvelles terres. S'étant heurté, lui aussi, aux objections des autorités fédérales, le gouvernement provincial fit signer le document par

324 - Il s'agit des ponts de Momment Brook, Forest City, Ste-Croix et Milltown, administrés conjointement par le Nouveau-Brunswick et le Maine.

325 - Northeastern Interstate Forest Fire Compact, 63 Stat. 271 (1949), suivi du consentement du Congrès, 66 Stat. 71 (1952).

l'un de ses organismes subsidiaires, le Land Settlement Board³²⁶. L'accord comporte, avant tout, des clauses financières, d'après lesquelles la Nouvelle-Ecosse s'engage à prêter aux immigrants le montant total nécessaire à l'achat d'une ferme, tandis que La Haye garantit l'emprunt jusqu'à concurrence du tiers.

Quant au Manitoba, cette province a conclu un pacte avec l'Etat voisin du Minnesota, le 2 février 1962, au sujet d'une route destinée à relier deux parties de cet Etat à travers le territoire manitobain.³²⁷ Le principe de l'entente a été approuvé par le Congrès américain, selon les exigences de la Constitution,³²⁸ mais le consentement final n'a pas encore été donné. Il convient aussi de souligner le fait que cet accord fut apparemment conclu sans aucune intervention du gouvernement fédéral canadien, lequel n'est même pas mentionné dans le document.

Notons qu'en quelques rares occasions, l'Etat fédéral a autorisé la conclusion d'un accord international par une province, pour un objet précis et sous réserve de son approbation. C'est ainsi que le Nouveau-Brunswick a été autorisé, en 1958, par une loi du Parlement, à "conclure un accord avec l'Etat du Maine en vue des construction, mise en service et entretien d'un pont sur le chenal de Lubec;" il en fut de même pour l'Ontario, au sujet d'un pont

326 - Netherlands - Land Settlement Board Agreement, signé en 1956. Voir les pamphlets "Land Settlement in Nova Scotia" et "Loans to Dutch Farmers", publiés au ministère de l'Agriculture, Halifax. Environ 150 immigrants ont bénéficié de cet accord jusqu'ici.

327 - Agreement between H.M. The Queen in Right of the Province of Manitoba ... and the State of Manitoba, etc.

328 - Art. 1er, sect. 10, al. 3.

international sur la rivière Pigeon.³²⁹ Par contre, lors des tractations de 1960 avec les Etats-Unis au sujet de l'utilisation des eaux du fleuve Columbia, le gouvernement central prit l'affaire en main, la Colombie-Britannique se contentant d'être représentée au sein de l'équipe des négociateurs par un haut fonctionnaire.

A son tour, le Québec voulut, en 1963, négocier un accord de coopération technique avec le gouvernement français. Quelque scrupule d'ordre constitutionnel fit que les deux gouvernements préférèrent conclure cette entente par le moyen d'un simple échange de lettres entre deux organes subsidiaires: l'Association pour l'organisation des stages en France (A.S.T.E.F.) et le Ministère de la Jeunesse.³³⁰ Un autre projet, portant celui-là sur l'envoi de stagiaires québécois à l'Ecole nationale d'administration de Paris (E.N.A.), fut l'objet de négociations écrites et entra en vigueur en 1963, sans être entériné par un accord formel. Cependant, le gouvernement fédéral réclama le droit d'intervenir dans l'affaire et d'en modifier les termes au besoin. Sans doute cet incident contribua-t-il à soulever toute la question de la compétence de conclusion des traités au Canada? De toute façon, le gouvernement québécois décida de conclure désormais ses ententes directement avec la capitale étrangère. Il en résulta l'accord du 27 février 1965 entre Paris et Québec commenté plus haut.

329 - Lois du Canada, 7 Elis. II, chap. 23 et 7-8 Elis. II, chap. 51.

330 - Echange de lettres du 3 janv. et 4 fév. 1964 (non publié). Le programme de coopération technique comprend des échanges d'ingénieurs et de techniciens.

Il ressort de tous ces faits que la situation constitutionnelle est loin d'être claire, au Canada, en matière de treaty-making power. S'il est exact que l'évolution générale, depuis une quarantaine d'années, a favorisé l'Exécutif central dans ce domaine, il est non moins vrai que les précédents qui s'accumulent depuis une dizaine d'années sont plus favorables aux provinces et accentuent le besoin de solutions nouvelles.

D'un autre côté, il n'est pas sûr que toutes les provinces partagent les opinions du gouvernement québécois. Certaines d'entre elles, comme l'Alberta, s'intéressent très peu à la question et répugneraient à toute reconnaissance d'une compétence internationale, même limitée, à l'avantage des provinces.³³¹ Par ailleurs, les précédents exposés plus haut montrent que plusieurs autres, tout en évitant les déclarations de principe, ne s'opposeraient pas à un certain partage du treaty-making power dans la pratique.³³² Faudrait-il s'étonner, toutefois, si la grande majorité des provinces anglophones hésitait à poser la question au niveau des principes, comme le veut le Québec et, en définitive, se rangeait à l'avis du gouvernement central? Il importe de rappeler que le Québec a des motifs propres de préserver et d'élargir son autonomie, comme le déclarait M. Gérin-Lajoie dans son allocution d'avril 1965 au sujet des accords culturels signés par le Québec, déjà citée au chapitre V.

331 - Voir l'opinion exprimée par G.W. Acorn, conseiller juridique du gouvernement albertain, dans l'Annuaire canadien de Droit international, tome 2, p. 274 (1964).

332 - Voir également les réponses de la Colombie-Britannique et de l'Ontario au questionnaire qui leur avait été envoyé par le ministère des Affaires extérieures au sujet des accords signés par les provinces en 1963, Annuaire, supra note 331, pp. 272 et ss.

Si, comme il est probable, les provinces anglophones refusent pour elles-mêmes le degré d'autonomie revendiqué par le Québec, il faudra faire appel à une forme de statut particulier dans le domaine des compétences internationales comme dans celui des compétences internes. Un tel statut a existé autrefois dans l'Empire fédéral allemand au profit de la Bavière et du Wurtemberg et il en existe des exemples encore aujourd'hui, du moins dans les faits: ainsi les Länder du sud de l'Allemagne et de la Rhénanie utilisent le jus tractatum qui leur est conféré par la Constitution fédérale, tandis que³³³ les autres Etats-membres n'en ont pas ressenti le besoin.

3^o Toutefois, tant que le Québec demeure membre d'un Etat fédéral ou confédéral, les accords qu'il signe peuvent soulever des difficultés de deux ordres: en premier lieu, ces accords sont-ils conformes à la Constitution (i.e. à la répartition des compétences) et, en second lieu, sont-ils compatibles avec la politique générale de l'Exécutif fédéral sur le plan diplomatique? En réponse à la première question, il convient que le Québec accepte un contrôle de la légalité des accords qu'il conclut, mais cet examen ne devrait en aucune façon être confié au gouvernement fédéral, comme c'est le cas en Allemagne par exemple, mais plutôt aux tribunaux, comme c'est le cas pour les lois. Nous reprendrons d'ailleurs cette question au chapitre VIII.

333 - Sur l'ensemble de la question, voir J.-Y. Morin, "La conclusion d'accords internationaux par les provinces canadiennes à la lumière du droit comparé" (1965), Annuaire, supra note 331, tome 3, p. 127.

Pour ce qui est de la seconde question, le Québec a déjà clairement défini son attitude: "il n'est plus admissible, déclarait M. Gérin-Lajoie devant le corps consulaire de Montréal, que l'Etat fédéral puisse exercer une sorte de surveillance et de contrôle d'opportunité sur les relations internationales du Québec." ³³⁴ Néanmoins, le gouvernement fédéral a tenu à signer un accord culturel avec la France, le 17 novembre 1965, accompagné d'un échange de lettres dans lequel il est stipulé que les échanges culturels pourront faire l'objet d'ententes conclues avec les provinces, soit en se référant à l'accord fédéral avec Paris, soit en obtenant l'assentiment du gouvernement d'Ottawa. Le but véritable du traité Paris-Ottawa est de faire sentir à tous les intéressés que le Québec ne peut signer d'ententes internationales dans les domaines qui relèvent de sa compétence, qu'avec l'autorisation d'Ottawa. Dans la perspective du statut particulier que le Québec réclame officiellement à l'égard des accords internationaux, cette attitude rigide du pouvoir central risque de provoquer un affrontement à l'occasion de chaque accord signé par le Québec.

Aussi serait-il préférable d'adopter une procédure très souple de consultation, sans droit de contrôle de la part du gouvernement fédéral. Cette obligation de consultation réciproque pourrait être plus stricte pour certains types de traités que pour d'autres. Jusqu'ici, les accords passés par le Québec n'ont eu pour objet que la coopération technique et les échanges de chercheurs, de professeurs

334 - Allocution, supra note 263.

et d'étudiants; sans doute le contrôle que prétendit exercer Ottawa avait davantage pour but de sauver un principe que d'assurer la compatibilité de la politique culturelle québécoise avec la diplomatie fédérale. Cependant, il suffit d'imaginer la multiplication d'accords entre le Québec et les pays étrangers dans le domaine des richesses naturelles ou en matière commerciale ou fiscale pour se rendre compte de la nécessité d'une consultation permanente entre l'Exécutif québécois et l'Exécutif central. Le problème du treaty-making power, qui en est un d'autonomie, soulève donc également la question des relations entre les deux exécutifs et celle des structures destinées à assurer la coordination de leurs efforts et initiatives. C'est vers ces questions plus générales que nous nous tournons maintenant, à propos des compétences d'ordre économique.

L'institutionnalisation des rapports fédéraux-provinciaux

1^o A plusieurs reprises dans le présent rapport, nous avons exprimé l'opinion que la coopération s'impose entre Ottawa et Québec dans le domaine socio-économique, quel que soit par ailleurs le régime constitutionnel en vigueur; il est probable qu'elle demeurerait nécessaire même dans l'hypothèse de l'indépendance politique du Québec. Si nous nous en tenons au statut particulier, le développement économique et la stabilisation des cycles font appel à des techniques gouvernementales et administratives spéciales et constituent une catégorie de problèmes qui échappe aux solutions constitutionnelles simples. Si le Québec s'est tant objecté à la centralisation depuis les années 1930, c'est avant tout parce qu'elle signifiait une planification strictement fédérale, particulièrement en temps de guerre, sans

mécanisme de coordination qui eût permis à la province de faire valoir ses intérêts et parce qu'elle entraînerait un accaparement direct ou indirect des compétences provinciales. Aujourd'hui, le principe de la coopération est accepté par le pouvoir central et le Québec mais il ne reçoit pas la même interprétation de la part des deux niveaux de gouvernement.

Le problème, nous l'avons signalé plus haut, est complexe: en premier lieu, quelle sera l'étendue de la coopération; en second lieu, quels seront les mécanismes institutionnels qui rendront cette coopération possible; enfin, les normes et les mécanismes de la coopération pourront-ils être les mêmes pour le Québec et les autres provinces? Derrière ces questions s'en profile une autre, plus générale, à laquelle il a été fait allusion dans la première partie de ce rapport: est-il nécessaire, pour mettre en oeuvre certains enseignements de Keynes, d'avoir recours à la centralisation des décisions économiques entre les mains d'un seul organe gouvernemental?

La croissance rapide de l'économie est un objectif que l'on trouve dans toutes les régions du Canada et au Québec en particulier. Depuis 1960, le gouvernement québécois a mis sur pied des organismes tels la Société générale de financement et Sidbec, dont le rôle est de favoriser l'expansion de l'industrie. Si la création de ces sociétés n'a pas rencontré d'obstacles constitutionnels, leurs activités et leur succès dépendent néanmoins dans une large mesure des politiques monétaire et commerciale du gouvernement central, ainsi que des projets des autres provinces. Par exemple, les droits d'entrée imposés par Ottawa sur divers types d'acier peuvent avoir des consé-

quences importantes pour l'avenir de Sidbec; de même, la création d'entreprises rivales dans les provinces voisines pourrait neutraliser les efforts de planification entrepris par le Québec et entraîner un immense gaspillage d'énergies et de ressources. En fin de compte, l'expansion économique d'un pays comme le Canada, avec ses régions qui ont chacune leur vie propre, doit être considérée dans un contexte très vaste et suppose la coordination généralisée des plans entre les régions et provinces ainsi qu'entre celles-ci et le pouvoir central. Pour le Québec, en tout cas, autonomie et coordination sont deux termes complémentaires dans le domaine du développement économique.

Il n'en va pas autrement de la politique anti-cyclique. L'augmentation des dépenses publiques des provinces et des municipalités, depuis quelques années, particulièrement dans la construction, rend bien aléatoires les tentatives de relancement de l'économie par le seul gouvernement fédéral, en cas de sous emploi. Le passage de l'économie de guerre à l'économie de paix et le fait que les provinces soient responsables des domaines qui occasionnent les dépenses à croissance rapide, tandis que le pouvoir central est chargé des secteurs où les dépenses n'augmentent que lentement³³⁵, ont eu pour conséquence, en effet, le passage des dépenses fédérales de 37.7% du produit national brut en 1944 à 7.4% en 1962, tandis que la part des provinces et municipalités augmentait au cours de la même période,

335 - Voir O. Thür, dans Conjoncture économique canadienne, tome Ier no 11, pp. 22-6 (mai 1964).

de 4.3% à 11.7%, et ne cesse de croître. C'est dire qu'aucune politique de travaux publics (en tant qu'instrument de stabilisation) n'est concevable sans la coopération des deux niveaux de gouvernement.

Que dire des autres instruments de la politique conjoncturelle? La dette publique des provinces a augmenté dix fois plus que celle d'Ottawa depuis la guerre et les impôts, nous l'avons vu, sont passés dans une mesure croissante du gouvernement fédéral aux pouvoirs provinciaux. Peut-on compter que toutes les provinces soient dociles à l'enseignement de Keynes et adoptent un comportement uniforme en cas de conjoncture défavorable? Comme l'a montré P. Harvey, les administrations locales, comme les gouvernements centraux, d'ailleurs, adoptent souvent des politiques qui risquent d'accentuer les tendances à la déflation ou à l'inflation, selon le cas. ³³⁶ A l'heure actuelle, de telles attitudes paraissent d'autant plus probables au niveau local que les retards accumulés dans certaines régions à l'égard de l'infrastructure économique et sociale, rendent urgents de vastes travaux et de larges investissements publics. Le résultat d'une politique exclusivement fédérale en matière de dette publique demeure donc fort incertain. Il est nécessaire que les gouvernements coordonnent leurs efforts et cela paraît d'autant plus souhaitable que la multiplication des émissions peut aboutir à la saturation complète du marché. Quant à la politique fiscale, comme mécanisme de redistribution des revenus, elle pourrait perdre une partie de son efficacité en tant qu'instrument anti-cyclique si les

336 - "Keynes et le problème de la centralisation des pouvoirs" (1955), dans F.-A. Angers, Essai sur la centralisation (1960), p. 279.

provinces en venaient à adopter des politiques trop divergentes, par exemple en matière de sécurité sociale. Ici, encore, la coordination s'impose, solution qui n'exclut pas des priorités différentes.

La décentralisation du processus de décision paraît beaucoup plus difficile à l'égard de la politique monétaire, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. On conçoit mal, en effet, un taux d'intérêt qui varierait selon les régions d'un même pays et, d'autre part, les décisions dans ce domaine doivent être prises rapidement pour répondre aux fluctuations de la conjoncture. Cependant, certaines provinces (et le Québec en particulier) vont devenir de plus en plus intéressées à l'évolution de la politique monétaire, dans la mesure où celle-ci peut favoriser ou restreindre leur croissance.³³⁷ Il est à prévoir que la consultation et la coordination devront s'étendre également à cet aspect crucial de la politique économique.

2^o Comment organiser cette coopération de manière que les politiques de croissance économique répondent aux besoins de toutes les régions et que l'action anti-cyclique demeure possible? Comment faire en sorte que les priorités variées des provinces n'entrent pas en conflit les unes avec les autres? Les mécanismes créés jusqu'ici, conférences fédérales-provinciales, comités fédéraux-provinciaux, comités consultatifs mixtes, sont nombreux mais ne forment pas un ensemble cohérent. En outre, ces mécanismes, nés pour la plupart au

337 - Voir J. Parizeau, "Prospects for Economic Policy in a Federal Canada" (1964), dans Crépeau et Macpherson, op. cit. supra note 223, p. 56.

hasard de l'empirisme, ne sont point permanents, sauf le Comité (consultatif) sur les Affaires économiques et fiscales, créé en 1955 à la suite d'une conférence des premiers ministres. Il n'existe en somme aucun organisme qui ait le pouvoir de déterminer les priorités pour l'ensemble du pays, par exemple entre l'enseignement et la défense, entre la rénovation urbaine et la recherche atomique: chaque gouvernement prend ses propres décisions et s'efforce de les imposer aux autres. Ce jeu était autrefois réservé au pouvoir central, mais les gouvernements provinciaux en ont appris les règles et sont maintenant passés maîtres en la matière.

A l'heure actuelle, il est clair que l'on doit songer à créer de nouveaux mécanismes et de nouvelles structures de collaboration dans l'ensemble du domaine socio-économique, en tenant compte de la situation spéciale du Québec. Ces structures, qui devraient être établies par la Constitution, afin de n'être à la merci d'aucun gouvernement, pourraient comporter plusieurs niveaux, allant des conférences générales aux institutions spécialisées.

Au niveau supérieur se situeraient les conférences fédérales-provinciales, tenues à intervalle fixe et doublées d'un bureau intergouvernemental. Ces institutions se verraient confier la tâche de préparer et de prendre les décisions majeures à l'égard de la planification socio-économique, particulièrement en ce qui concerne les priorités générales dans l'investissement ainsi que le taux des impôts et la répartition globale des revenus entre le pouvoir fédéral et les provinces.

La structure des conférences et du bureau intergouvernemental devrait être très souple, de façon que certaines provinces puissent s'en remettre davantage au gouvernement fédéral en matière de planification, de perception des impôts, etc. Par ailleurs, le Québec pourrait être associé au système d'une manière spéciale, de façon que ses priorités, même d'ordre général, puissent être différentes de celles de l'ensemble, tout en veillant à éviter les divergences trop considérables. On peut même concevoir que le pouvoir central possède éventuellement un droit de veto sur les plans soumis par les neuf provinces anglophones, mais non à l'égard des projets québécois. De même, le Québec pourrait percevoir lui-même la totalité des impôts nécessaires à son développement, tout en acceptant une obligation de consultation permanente dans ce domaine. Les mécanismes actuels comportent déjà quelques éléments du système proposé mais il reste à créer les institutions et à définir les règles de leur fonctionnement.

Il serait indispensable, dans la perspective du statut particulier, de créer un bureau intergouvernemental spécial pour l'administration des rapports Ottawa-Québec, de manière que le dialogue soit constant et détaillé entre les deux Exécutifs. Une telle structure permettrait également, par le choix judicieux des cadres, d'entretenir le dialogue en langue française.

Au second niveau se trouveraient les commissions ou comités permanents chargés des divers secteurs de la planification économique et du développement social. L'initiative des plans et projets d'investissement appartiendrait aux provinces, mais les

négociations nécessaires à leur harmonisation auraient lieu au sein de ces organismes composés de hauts fonctionnaires relevant des deux niveaux de gouvernement. Ainsi, il serait possible de décentraliser les décisions relatives à l'investissement dans la production et de les concilier les unes avec les autres par un processus de participation des provinces dans les comités centraux. De même, en matière de développement social, les décisions relatives à la sécurité sociale et à la création du capital social pourraient être harmonisées au sein des commissions permanentes, système qui offrirait une plus grande souplesse que le mécanisme actuel des programmes conjoints, dont le gouvernement fédéral possède l'initiative et le contrôle.

Il conviendrait que le mécanisme des commissions permanentes fût agencé de façon que certaines provinces puissent se grouper pour les fins de la planification ou s'en remettre au gouvernement fédéral en ce qui concerne le choix des objectifs prioritaires, dans le cas où elles ne posséderaient pas les cadres nécessaires, par exemple. La méthode des programmes conjoints pourrait donc subsister dans certains cas ou même être généralisée, si telle était la volonté de la grande majorité des provinces anglophones. Cependant, les institutions doivent être assez souples pour que le Québec y trouve sa place tout en conservant son statut particulier. Il importe que le gouvernement québécois soit associé à toutes les étapes de la planification pancanadienne et participe à la plupart des décisions générales, car il est dans l'intérêt de tous et du Québec lui-même qu'il en soit ainsi, mais il est non moins important qu'il puisse s'abstenir à l'occasion de certains votes et ne soit point lié par des priorités qui ne cadrent

pas avec les siennes. Sans doute l'obligation de consultation réciproque et les négociations permanentes réduiraient-elles de tels désaccords au petit nombre.

3° Il existe deux instruments de la politique économique qui méritent une attention spéciale: la monnaie et le contrôle du commerce extérieur. Il existe déjà dans ces deux domaines, en effet, des institutions bien définies et hiérarchisées qui relèvent exclusivement du pouvoir central, par exemple la Banque du Canada et la Commission du tarif; en outre c'est l'Exécutif fédéral qui, à l'heure actuelle, négocie et conclut les accords commerciaux avec l'étranger. Est-il possible d'insérer dans ces institutions des mécanismes de collaboration entre le centre et les régions?

Selon la Loi sur la Banque du Canada, cet organisme est géré par un Conseil d'administration composé de quinze membres, dont font partie le gouverneur, le sous-gouverneur et, sans droit de vote, le sous-ministre des Finances.³³⁸ Ce Conseil, auquel la loi donne le pouvoir de déterminer les taux minima auxquels la Banque est prête à escompter des effets ou à consentir des avances, délègue ses fonctions à un Comité de direction composé du gouverneur, du sous-gouverneur, d'un administrateur et du sous-ministre des Finances,³³⁹ lequel n'a pas le droit de vote. Le Gouverneur possède un droit de veto sur les décisions du Comité, mais il doit alors soumettre la question au gouverneur général en conseil, qui tranche.

338 - S.R.C. 1952, chap. 13, art. 5(1); Loi modifiant la précédente, 2-3 Elis. II, chap. 33 (1953-54).

339 - Idem, art. 13.

En réalité, le Conseil d'administration ne joue aucun rôle véritable et la Banque est gérée, à toutes fins pratiques, par le Comité de direction auquel se joignent les gouverneurs adjoints et quelques conseillers techniques. Non seulement les diverses régions ou provinces n'y sont pas représentées, mais ce comité constitue un cercle exclusif au sein même du gouvernement fédéral. Il conviendrait de rendre au Conseil d'administration ses fonctions de contrôle des décisions de la Banque, en y ajoutant la dimension régionale. Chacune des cinq régions économiques du Canada délèguerait un administrateur et le gouvernement fédéral, pour sa part, en nommerait sept, en sorte que le dernier mot lui appartiendrait. Le but de cette proposition est d'assurer aux régions un droit de regard sur les affaires de la Banque et de faire en sorte que celle-ci soit au courant des répercussions régionales de sa politique.

Le cas du commerce extérieur est plus complexe car de nombreux organes fédéraux concourent à la définition des politiques relatives à ce domaine. C'est ainsi que le Parlement vote le tarif, que l'Exécutif est autorisé par la loi à accorder aux pays étrangers le tarif préférentiel ou celui de la nation la plus favorisée³⁴⁰ et que la Commission du tarif fait enquête sur les facteurs qui touchent³⁴¹ au coût de production et au prix des produits.

340 - Loi sur les droits douaniers, S.R.C. 1952, chap. 60, art. 4.

341 - Loi sur la Commission du tarif, S.R.C. 1952, chap. 261, art. 4;
Loi modifiant la précédente, 9-10 Elis. II, chap. 18
(1960-61).

Il ne semble guère aisé, à première vue, d'insérer un mécanisme de coopération dans cet engrenage. Dans la pratique, la Commission du tarif, composée à l'heure actuelle de sept membres, jouit d'un prestige considérable et ses recommandations sont presque toujours suivies aux Finances, à moins qu'il n'existe quelque raison majeure d'ordre économique ou politique d'agir autrement. Il suffirait, à notre avis, de créer une sorte d'organisme-écran entre la Commission et le ministère des Finances, dont les fonctions consisteraient à étudier les conséquences des décisions de la Commission pour l'économie des diverses régions. Cet organisme devrait être permanent et se composer de délégués des cinq régions; il aurait le pouvoir de faire des recommandations à la Commission et aux Finances. De la sorte, le centre et la périphérie seraient mieux informés de leurs problèmes réciproques et la politique tarifaire tiendrait compte de la structure régionale de l'économie canadienne.

Cas particulier des organismes de promotion

Il existe, au niveau de l'administration fédérale, un certain nombre de problèmes qui ne relèvent point de l'ordre constitutionnel, mais qui tiennent à la composition de certains organismes qui servent d'accès aux plus hauts échelons de la carrière, comme le Conseil privé et le Conseil du trésor. Nous reviendrons au chapitre IX sur cette question, mais il nous paraît opportun de la mentionner brièvement ici. Tant que les Canadiens français n'occuperont pas un nombre important de postes au sein de ces organismes, il est vain d'espérer que le gouvernement central reflétera jamais la dualité du pays.

Le Québec et l'Exécutif fédéral

Dans l'exposé qui précède, nous avons proposé à la fois une plus grande autonomie du pouvoir exécutif provincial, notamment dans le domaine des accords internationaux, et une plus grande participation des Exécutifs provinciaux à l'élaboration de la politique économique fédérale. Nous avons également prévu un statut particulier pour le Québec dans le cas où les autres provinces préféreraient s'en remettre au Pouvoir central en ce qui concerne les traités, ainsi qu'une place spéciale pour la province dans les nouveaux mécanismes de collaboration, pour le cas où les autres provinces voudraient confier au gouvernement fédéral un rôle prépondérant en matière de planification économique.

Ces propositions accroissent d'une manière appréciable l'importance des Exécutifs provinciaux, à tout le moins de l'Exécutif québécois, lequel devient le pivot des rapports du Québec avec le reste du pays et avec l'étranger dans les domaines qui relèvent de sa compétence. Quel sera alors le rôle des ministres canadiens français et en particulier des ministres québécois, au sein de l'Exécutif fédéral? Peuvent-ils prétendre à une forme quelconque d'égalité? En d'autres termes, quelles sont les conséquences d'un dualisme fondé avant tout sur l'existence d'un Québec doté d'un statut particulier?

Alors qu'aux Etats-Unis, le Sénat a toujours constitué l'élément fédéral le plus important, c'est le cabinet qui a rempli ce rôle au Canada. C. Dunkin (il faut souvent revenir à ce subtil parlementaire pour la compréhension des institutions canadiennes)

avait prévu ce développement dans son discours sur le projet de confédération:

Comme [le Sénat américain] a des devoirs fédéraux à remplir ... chaque fois qu'il est besoin d'un contrôle et d'un contre-poids, il s'ensuit que n'ayant ici rien d'équivalent, au besoin nous sommes tenus d'y suppléer dans la composition fédérale du conseil exécutif, c'est-à-dire en y représentant absolument toutes les provinces...

C'est donc sur la table du conseil exécutif que sera résolu le problème fédéral. 342

Effectivement, le cabinet fédéral a reçu spontanément une composition fédérale, tout comme le cabinet d'union s'était donné auparavant une structure qui assurait l'égalité du Haut et du Bas-
343
Canada. Par suite, c'est à ce niveau que se sont réglés jusqu'à ces dernières années la plupart des conflits entre les provinces ou
344
entre les deux peuples.

Toutefois, ce système a joué plus d'une fois aux dépens du Québec ou des Canadiens français, en général dans les moments les plus difficiles de la coexistence. L'affaire Riel et la crise de la conscription de 1917, qui laissa le Canada français sans représentation dans le gouvernement, en sont les exemples les plus frappants. Comme nous l'avons montré dans la première partie de

342 - Débats sur la Confédération, pp. 502, 518.

343 - Voir ci-dessus, p. 14.

344 - Mackay, op. cit. supra note 285, pp. 59, 145.

cet ouvrage, ces événements comptent parmi les étapes principales du repliement des Canadiens français vers le Québec.

Le rôle des ministres québécois demeure malgré tout très important au sein de l'Exécutif fédéral. Certes, dans la mesure où le Québec accroît son autonomie, ils ne sauraient prétendre exercer collectivement une influence comparable à celle de leurs collègues anglo-canadiens; ils ne sauraient non plus se considérer comme les porte-parole du Canada français en toutes choses, mais seulement dans les limites des compétences exercées dans le Québec par le gouvernement fédéral, lesquelles demeureraient en tout état de cause suffisamment étendues pour justifier leur entière participation à l'administration du pays.

Cette participation est d'autant plus indispensable que l'avenir du pays ne dépend pas du seul gouvernement fédéral, mais de l'action conjuguée des Exécutifs provinciaux et fédéral, particulièrement dans le domaine socio-économique. Et si l'avenir est aux institutions fédérales-provinciales, il importe que les Canadiens français soient présents à tous les niveaux de décisions, afin qu'ils puissent tenir compte à la fois de l'intérêt du Québec et de celui du pays tout entier.

Chapitre VIII

DUALISME ET ARBITRAGE CONSTITUTIONNEL

Du Comité judiciaire à la Cour suprême

Jusqu'à 1949, les litiges constitutionnels canadiens pouvaient être portés jusque devant le plus haut tribunal de l'Empire, le Comité judiciaire du Conseil privé. Etablie par une loi du Parlement de Westminster en 1833³⁴⁵ et autorisée en 1844 à recevoir les appels émanant des cours coloniales³⁴⁶, cette institution, devenue l'arbitre d'un vaste empire, avait acquis un certain sens de la diversité ethnique et culturelle. Il en était né une tradition d'impartialité et de détachement devant les problèmes que soulevait inévitablement l'administration des conquêtes britanniques.³⁴⁷

La tendance générale des arrêts du Comité judiciaire fut, nous l'avons vu, de modifier le grand dessein des constituants de 1864 en mettant fin à la subordination des provinces par rapport au pouvoir central. L'interprétation de l'A.A.N.B. qui en résulta, particulièrement à l'égard du partage des compétences, souleva naturellement l'opposition des partisans d'un gouvernement central fort, surtout pendant les années de la crise économique. Lorsque le Conseil privé rendit ses célèbres décisions de l'année 1937, en particulier dans l'affaire des Conventions internationales du travail et au sujet

345 - 3 & 4 Will. IV, chap. 41.

346 - 7 & 8 Vict., chap. 69.

347 - Voir l'éloge du Conseil privé par le député Mousseau, au cours du débat sur la loi instituant la Cour suprême: Debates, 1875, p. 924.

348
de la Loi sur l'emploi et l'assurance sociale, ce fut un véritable tollé chez les juristes anglo-canadiens. Le Doyen V.C. MacDonald se fit le porte-parole d'un grand nombre de ses collègues lorsqu'il déclara que les arrêts révélaient "la nécessité d'étudier sérieusement l'opportunité de mettre fin aux appels en matière constitutionnelle." 349 Le Doyen W.P.M. Kennedy, pour sa part, vit dans l'abolition du recours au Comité judiciaire la possibilité "de se défaire 350 de toutes ses décisions passées" et dans un rapport soumis au Sénat en 1939, le conseiller juridique de la Chambre soutint que le tribunal s'était écarté du texte de l'A.A.N.B. "de la façon la plus 351 grave et la plus constante."

Dix ans plus tard, une loi fédérale écarta définitivement les appels au Conseil privé et la Cour suprême du Canada devint le 352 tribunal de dernière instance en matière constitutionnelle.

La Cour suprême avait été créée en 1875 par le Parlement canadien, en vertu de l'article 101 de l'A.A.N.B., qui l'autorisait à instituer une cour générale d'appel pour le Canada. Le gouvernement de l'époque eût souhaité en faire un véritable tribunal constitutionnel habilité à trancher les litiges entre les deux niveaux de gouvernement et entre les provinces, ainsi que toutes les questions relatives à la

348 - Réf. supra note 132.

349 - "The Canadian Constitution Seventy Years After" (1937), Rev. Barreau can., tome 15, pp. 401, 427.

350 - "The B.N.A. Act: Past and Future" (1937), Rev. Barreau can. tome 15, pp. 393-9.

351 - Rapport, supra note 88, p. 12.

352 - Loi du Canada, 1949 (2e session), chap. 37, art. 3; Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1952, chap. 259, art. 54. Les appels relevant du droit pénal avaient été abolis en 1932-33.

validité des lois fédérales ou provinciales, mais, comme le constate à regret le ministre de la Justice, l'A.A.N.B. n'autorisait pas le ³⁵³Parlement à créer un tel tribunal. Cependant, le gouvernement avait imaginé "un expédient selon lequel, avec le consentement des gouvernements provinciaux intéressés, on donnerait plein effet aux ³⁵⁴décisions rendues par la Cour suprême". En outre, le tribunal se verrait reconnaître une "juridiction spéciale", en vertu de laquelle le gouverneur général en conseil pourrait lui soumettre directement les questions relatives à l'interprétation de l'A.A.N.B. ou à la constitutionnalité des lois fédérales ou provinciales, sans toutefois que l'opinion exprimée par la Cour puisse alors être considérée comme un jugement péremptoire.

Le gouvernement eût également désiré abolir les appels au Conseil privé, mais hésitait à poser ce geste, qui eût peut-être inquiété l'opinion québécoise, fort sensible sur le chapitre du droit ³⁵⁵civil. Une résolution du député Irving visant à mettre fin aux appels ³⁵⁶fut d'ailleurs écartée au vote.

En conséquence, la Loi sur la Cour suprême, telle qu'adoptée en 1875, ne créait un tribunal constitutionnel ³⁵⁷que dans la mesure où les gouvernements provinciaux y consentiraient; or ceux-ci n'ont pas accédé à la demande du pouvoir central et les dispositions rela-

353 - Debates, 1875, p. 286.

354 - Idem, p. 354

355 - Idem, pp. 286, 921, 924, 941.

356 - Idem, p. 947. Une seconde résolution, destinée à écarter les appels aux tribunaux britanniques autre que le Conseil privé, fut adoptée: idem, p. 976.

357 - 38 Vict., chap. 11, art. 54 à 56.

tives à la juridiction constitutionnelle de la Cour ont dû être abandonnées. Cependant, le haut tribunal fédéral a acquis, avec les années, une certaine compétence constitutionnelle: en tant que cour d'appel, en effet, il dut se prononcer à maintes reprises sur la constitutionnalité de lois fédérales ou provinciales. En outre, sa "juridiction spéciale" lui a permis de donner à plusieurs reprises des avis consultatifs dont la "force morale" n'a pu être ignorée par les gouvernements. Ajoutons que ces arrêts et avis pouvaient être portés devant le Conseil privé, qui ne se fit pas faute de les rectifier, le cas échéant.

Avec l'abolition définitive des appels, en 1949, la Cour suprême devint le tribunal de dernière instance en matière constitutionnelle, ³⁵⁸ sans pourtant avoir jamais obtenu le statut d'une cour constitutionnelle. Ses membres, appelés constamment à se prononcer sur la validité des lois fédérales et provinciales, sont nommés par le gouvernement fédéral. ³⁵⁹

L'attitude du Québec

Le gouvernement du Québec ne fut pas long à réagir à cette nouvelle situation juridique, établie unilatéralement par le gouvernement fédéral. Dès la Conférence fédérale-provinciale de septembre 1950, un mémoire portant la signature de Duplessis définit l'attitude de l'Exécutif provincial:

358 - Lois du Canada, 1949 (2e session), chap. 37, art. 3;
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1952, chap. 259, art. 54(2).

359 - Loi sur la Cour suprême, art. 4.

Nous estimons que la Cour suprême du Canada, en matières constitutionnelles et de relations intergouvernementales canadiennes, doit réunir toutes les 360 conditions exigées d'un tiers arbitre.

On se rendait compte au Québec, peut-être un peu tard, des dangers que comportait un tribunal entièrement nommé par le pouvoir central, d'autant qu'il était possible de discerner dans quelques arrêts postérieurs à 1949 une tendance favorable aux organes centraux de la Fédération;³⁶¹ c'est ainsi que le juge en chef Kerwin laissait entendre, dans l'arrêt Francis v. The Queen,³⁶² qu'il faudrait peut-être réviser la décision du Conseil privé dans l'arrêt de 1937 relatif à la mise en oeuvre des traités. Les juristes québécois pouvaient également lire dans les revues savantes des articles qui les laissaient songeurs.³⁶³

L'enquête de la Commission Tremblay fut l'occasion d'approfondir la question. De nombreuses associations et institutions vinrent en effet devant les commissaires manifester leur inquiétude

360 - Compte-rendu, supra note 166, p. 101.

361 - Voir Johanneson v. Municipality of West St. Paul, [1952] 1 R.C.S., p. 303.

362 - [1956] R.C.S., pp. 618, 621.

363 - Voir, par exemple, B. Laskin, "The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians" (1951), Revue Bar. can., tome 29, pp. 1038, 1053: "The Supreme Court, by the very fact of being entitled to hear an appeal from provincial courts, may establish the law to be followed in those courts. It is thus in a stronger position to develop a unified common law than is the Supreme Court of the United States... This will also be true in connection with Quebec cases, although the fact that the civil law obtains only in that province may well warrant a greater deference by the Supreme Court to local views."

364
au sujet de la Cour suprême et ceux-ci firent un exposé des critiques entendues. Tout d'abord, la Cour "est la créature du gouvernement central" et rien dans l'A.A.N.B. ne garantit l'existence d'un tel tribunal. En second lieu, le Parlement n'a cessé d'étendre d'année en année la juridiction de ce tribunal et en est venu de la sorte à occuper une position idéale pour contrôler et même orienter toute l'évolution de la jurisprudence. Enfin, tous les juges sont nommés par le gouvernement d'Ottawa, en sorte que la situation qui prévaut au Sénat pourrait se reproduire au tribunal:

Il suffirait, par exemple, que la coutume s'établisse d'y nommer d'anciens députés ou ministres fédéraux. Passe encore s'il ne s'agissait que de juger les questions civiles et criminelles ordinaires, mais dans les conflits constitutionnels il n'est ni normal ni satisfaisant qu'une seule partie choisisse, nomme et paie tous les arbitres. 365

Les réformes suggérées par la Commission tendent à donner à la Cour suprême un caractère "d'arbitre impartial et indépendant." Ce haut tribunal devrait posséder un véritable statut constitutionnel, "comme dans les autres constitutions fédératives" 366 et ce statut, qui définirait la juridiction et le mode de nomination des juges de la Cour suprême, devrait être à l'abri des interventions législatives ordinaires du Parlement et des Législatures. En second lieu, il conviendrait, pensent les commissaires, de définir avec plus de

364 - Rapport, supra note 94, vol. III, tome 1er, p. 294.

365 - Idem, p. 297.

366 - Idem, p. 298.

précision la juridiction de la Cour. Et ils ajoutent:

Faudrait-il aller plus loin et limiter sa juridiction aux matières fédérales? La province de Québec qui possède un droit civil propre aurait de fort bonnes raisons d'exiger et d'obtenir que les causes en matière civile provinciale soient jugées en dernier ressort par un tribunal suprême québécois. Ce ne serait que juste et raisonnable, en même temps qu'une garantie que ce tribunal jugerait selon la lettre et l'esprit de notre Code civil, et non selon le droit coutumier britannique. 367

A défaut de pouvoir soustraire à la Cour fédérale les causes relevant du droit civil, le Québec devrait exiger, recommande la Commission, que de telles causes soient jugées par un tribunal composé de cinq juges de la Cour suprême comprenant obligatoirement les trois juges de formation juridique québécoise, ces derniers devant par surcroît rendre une décision unanime chaque fois qu'il s'agirait de renverser un jugement de la plus haute cour québécoise.

Enfin, les commissaires, se fondant sur quelques constitutions étrangères, recommandent que le mode de nomination des juges soit fixé dans la Constitution. Il conviendrait même de constituer un tribunal constitutionnel spécial et d'associer les provinces à la nomination des membres de ce haut tribunal. Cette participation pourrait être assurée de diverses manières, soit que la Cour constitutionnelle soit formée des neuf juges de la Cour

suprême et des juges en chef des dix provinces, soit qu'elle comprenne cinq juges de la Cour suprême et quatre autres choisis par les quatre grandes régions dont se compose le pays, soit encore que la Constitution s'inspire sur ce point de divers tribunaux internationaux. ³⁶⁸

A la Conférence fédérale-provinciale de 1960, M. Jean Lesage reprit brièvement la thèse de la Commission Tremblay, qui était également celle du gouvernement précédent. Parlant du rapatriement de la Constitution devant les premiers ministres réunis à Ottawa, il déclara:

Il ne faudrait pas oublier de prévoir en même temps l'organisation d'un tribunal constitutionnel conforme aux principes essentiels du régime fédératif. En effet le principe fondamental de ce régime exige que ni l'un ni l'autre des deux ordres de gouvernement ne puisse toucher au partage des pouvoirs établi par la constitution. Il s'ensuit que l'arbitre des conflits ne doit pas relever exclusivement de l'un d'eux. ³⁶⁹

Le Canada anglais et le Québec expriment donc des opinions divergentes, voire opposées, sur le statut et la composition du tribunal appelé à trancher en dernier ressort les litiges constitutionnels. Pour les premiers, la Cour suprême, telle qu'établie, est digne de la plus haute confiance et remplace avec avantage un tribunal britannique coupable d'avoir donné de l'A.A.N.B. une interprétation trop favorable aux provinces. Pour le Québec, au contraire,

368 - Idem, p. 301.

369 - Conférence, supra note 194, p. 33.

la Cour évoque le danger séculaire de la centralisation: il la considère avec une extrême méfiance et souhaiterait s'en remettre à un tribunal constitutionnel spécial, qui échapperait à l'emprise fédérale. Telle était du moins son attitude en 1960, avant que n'apparaisse aussi nettement qu'aujourd'hui la volonté de changement des Québécois. Il faut désormais se demander quel type d'arbitrage constitutionnel serait compatible avec les diverses formes de dualisme que nous avons décrites dans les chapitres précédents.

Nécessité du contrôle juridictionnel

Les fédérations doivent faire face constamment à des litiges entre le pouvoir central et les Etats-membres à l'égard de la compatibilité des lois fédérales et provinciales avec la Constitution. Il est donc essentiel - tous les auteurs le reconnaissent - qu'il existe un organe habilité à trancher ce genre de différends, car autrement le pays pourrait être menacé d'éclatement. Comme l'organe constituant n'est point permanent, il n'est guère en mesure d'interpréter constamment la Constitution pour les parties; en outre, le contrôle de la constitutionnalité des lois est essentiellement une question juridique. Il a donc fallu s'en remettre aux tribunaux et plus particulièrement à un tribunal de dernière instance qui puisse trancher définitivement les difficultés. La garantie juridictionnelle

370 - Voir R.R. Bowie et C.J. Friedrich, Etudes sur le fédéralisme (1960), 1ère partie, p. 188; K.C. Wheare, Federal Government (3e éd., 1953), p. 60.

371 - G. Burdeau, Traité de Science politique (1949), tome II, p. 422.

de la constitution est devenue de la sorte l'un des traits essentiels du fédéralisme.

Même les confédérations du passé reconnaissaient la nécessité d'un arbitrage entre les Etats-membres, bien que le lien confédéral fût plus ténu que le fédéral et que, conséquemment, cet arbitrage prit une allure moins péremptoire. Dans la Confédération américaine de 1781, par exemple, c'était le Congrès, c'est-à-dire l'organe législatif, qui arbitrait les conflits entre Etats, mais il s'en remettait à une cour spéciale formée de cinq à neuf juges choisis par les parties ou, à défaut, par le Congrès lui-même.³⁷² La décision était ensuite transmise au Congrès, qui en assumait la responsabilité politique. Dans la Confédération helvétique de 1815, les conflits devaient être tranchés par voie de conciliation et d'arbitrage, comme entre Etats souverains, mais les conciliateurs et le surarbitre devaient être choisis parmi les magistrats des cantons tiers. Faute d'un règlement pacifique, la Diète, qui n'était guère plus qu'une conférence d'ambassadeurs, pouvait intervenir sur le plan politique et ordonner des sanctions.³⁷³ Quant à la Confédération germanique, créée par l'Acte de Vienne de 1815, les litiges y étaient soumis à un règlement judiciaire (la juridiction "austrégale"), mais la Diète constituait le tribunal ultime, particulièrement dans les cas de conflits politiques.³⁷⁴

372 - Articles de Confédération, art. IX, al. 2.

373 - C. Gilliard, Histoire de la Suisse (3e éd., 1960), p. 73.

374 - G. Scelle, Précis de droit des gens (1932), tome Ier, p. 220.

Dans les unions réelles, dont nous avons parlé plus haut, Suède-Norvège et Autriche-Hongrie, il n'existait pas de mécanisme permanent d'arbitrage constitutionnel et les litiges se trouvaient de la sorte portés inévitablement au plan politique. L'Union dano-islandaise, établie en 1918 par une loi danoise, reconnaissait la juridiction de la Cour suprême du Danemark, mais il convient d'ajouter que les deux Etats associés ne se trouvaient pas dans une situation de parité complète.

La stabilité, cette qualité essentielle de la vie des Etats, ne peut guère s'accommoder d'un système dans lequel tous les litiges, fussent-ils d'ordre purement constitutionnel, deviennent l'objet d'un débat et d'un compromis politiques. La présence d'un organe juridictionnel dont l'autorité est définie d'avance et dont les jugements sont obligatoires pour les Etats-membres, nous paraît être indispensable à la durée des Etats composés, y compris ceux qui reposeraient sur une base dualiste (formules des Etats associés et du statut particulier d'un membre).

Par ailleurs, il paraît non moins nécessaire que l'organe juridictionnel jouisse de l'indépendance et de l'impartialité les plus complètes par rapport aux gouvernements et aux parlements dont il doit arbitrer les litiges constitutionnels. Le Pr C. Durand exprime cette idée sous une autre forme lorsqu'il affirme qu'un fédéralisme réel exige que la constitution s'impose non seulement aux Etats-membres, mais aussi aux organes fédéraux; il faut donc, ajoute-t-il, qu'un contrôle soit exercé sur les actes fédéraux par un

organe impartial.³⁷⁵ R.M. Dawson exprime la même opinion dans son ouvrage sur les institutions canadiennes:

The situation under a federal form of government is unique in that the system inevitably results in a constant clash of governmental powers, and there is thus a never failing demand for the services of an austere and impartial arbiter to decide questions of jurisdiction... The security of the Canadian provinces... would vanish overnight if the Dominion Parliament were to be given the last word on the extent of its own powers, and, what is equally important, no province would be convinced that in arriving at any such decision its rights had been ³⁷⁶ given fair and impartial consideration.

Enfin, l'auteur britannique A.V. Dicey fut encore plus explicite à à ce sujet, bien qu'il ne semble avoir exercé aucune influence dans la pratique: il écrivit en effet qu'il était dangereux que le tribunal constitutionnel relevât des organes fédéraux car les juges auraient alors tendance à "fausser" la constitution en faveur du pouvoir central, tout comme une cour provinciale serait tentée d'agir de même en faveur des droits et intérêts provinciaux.³⁷⁷

Est-il possible, dans un Etat binational comme le Canada, d'établir un forum constitutionnel qui possède la confiance des deux nations? Quels en seraient le statut et la juridiction? Comment serait-il composé et à quelles règles d'interprétation obéirait-il?

376 - The Government of Canada (3e éd., 1957), p. 155

377 - The Law of the Constitution (10e éd., 1960), p. 159.

Juridiction et statut du tribunal constitutionnel

Alors que la grande majorité des constitutions fédératives définissent la juridiction du tribunal constitutionnel suprême tant à l'égard des litiges qui opposent l'Etat fédéral aux Etats-membres qu'en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des lois,³⁷⁸ certaines fédérations, comme les Etats-Unis, l'Australie et l'Argentine, se sont contentées de prévoir l'arbitrage des litiges,³⁷⁹ sans conférer expressément le pouvoir de vérifier la validité des lois. Cependant, les tribunaux de ces deux Etats, la Cour suprême des Etats-Unis et la Haute Cour australienne, ont obtenu ce pouvoir en invoquant la suprématie de la Constitution et par une interprétation libérale de leur juridiction générale d'appel. Aux Etats-Unis, en particulier, le power of judicial review, défini dès 1803 dans l'affaire Marbury v. Madison,³⁸⁰ est devenu l'un des principes fondamentaux de la Constitution.

Ainsi, dans la plupart des fédérations existe un contrôle de la validité des lois fédérales et locales. Il n'en est autrement qu'en Suisse et en Union Soviétique, où le contrôle n'est appliqué qu'aux lois des cantons ou des républiques fédérées; les organes

378 - Constitution de l'Inde, art. 141, 143; Constitution de la Nigéria, art. 107 à 114; Constitution de l'Autriche, art. 138 à 145; Loi fondamentale de la République fédérale allemande, art. 93; Constitution du Brésil, art. 101; Constitution du Mexique, art. 104 et 105.

379 - Constitution des Etats-Unis, art. III, al. 1er; Constitution de l'Australie, art. 75; Constitution de l'Argentine, art. 100.

380 - 1 Cranch 137 (arrêt du juge-en-chef Marshall).

politiques de la fédération échappent alors à toute censure d'ordre juridique et l'opinion publique devient la seule gardienne de la Constitution. Inutile d'ajouter que plusieurs auteurs estiment qu'un tel système rompt l'équilibre qui devrait exister entre les deux niveaux de gouvernement.³⁸¹

Au Canada, le pouvoir d'arbitrer les litiges entre le pouvoir central et les provinces ainsi qu'entre les provinces n'est pas prévu dans l'A.A.N.B. et nous avons vu que les dispositions facultatives qui avaient été prévues à ce sujet dans la première Loi sur la Cour suprême ont dû être abandonnées. Aujourd'hui, quand surgissent des conflits entre les deux niveaux de pouvoir, le gouvernement fédéral doit faire appel à la technique des avis consultatifs, pour régler des problèmes comme ceux de la propriété et de la compétence législative à l'égard des richesses du plateau continental.³⁸² Le contrôle de la validité des lois n'est pas davantage prévu dans la Constitution et, dans la loi actuelle sur la Cour suprême ne fait l'objet que de dispositions très restreintes.³⁸³ Si la Cour suprême exerce de facto le rôle de gardienne de la Constitution, c'est avant tout en tant que cour d'appel générale coiffant l'ensemble du système judiciaire, lequel constitue ici, comme dans la plupart des pays qui se sont inspirés de la tradition britannique, un vaste forum constitutionnel.

381 - Wheare, op. cit. supra note 370, p. 188.

382 - Cf. P.C. 1965-750, du 26 avril 1965.

383 - Art. 55 et 62.

Or le Parlement fédéral peut modifier la juridiction d'appel de la Cour tout comme sa juridiction spéciale (avis consultatifs), si bien que le tribunal de dernière instance en matière constitutionnelle ne jouit, en tant que tel, d'aucun statut spécial, à moins qu'on ne puisse soutenir qu'il s'est établi une coutume à cet effet.

La première réforme qui devrait être apportée au forum constitutionnel canadien consiste à définir d'une manière précise la juridiction du tribunal de dernière instance et à la consacrer dans la Constitution. Le tribunal devrait posséder une juridiction originale et exclusive sur tous les différends qui opposent le pouvoir fédéral à une province ou une province à une autre, y compris les litiges relatifs aux multiples ententes fédérales-provinciales qui caractériseraient le système de planification coordonnée que nous avons proposé au chapitre VII. Il devrait en outre être investi du pouvoir d'interpréter la Constitution fédérale et de contrôler la validité de toutes les lois fédérales et provinciales aussi bien que des actes exécutifs ou administratifs qui en découlent, au regard de la Constitution fédérale.

Ces fonctions devraient-elles être confiées à la Cour suprême? Dans la majorité des Etats fédéraux, y compris les Etats-Unis, l'Australie, l'Inde et les fédérations latino-américaines, c'est effectivement la Cour suprême fédérale qui joue le rôle d'arbitre constitutionnel, mais, outre le contrôle que le pouvoir central peut de la sorte exercer sur le tribunal par le jeu des nominations, on peut se demander s'il convient que les questions constitutionnelles soient traitées sur le même pied que les

difficultés relatives à l'interprétation ou à l'application des lois ordinaires. C'est l'une des raisons pour lesquelles trois fédérations européennes ont opté pour le système du tribunal spécialisé en droit constitutionnel. Nous estimons que le Canada aurait tout avantage à s'inspirer de cette formule, la plus conforme au fédéralisme moderne.

La Constitution autrichienne de 1919 voulut assurer l'égalité du Bund et des Länder devant l'ordre constitutionnel et établit une "Cour constitutionnelle" distincte des cours fédérales, dont nous étudierons plus loin la composition.³⁸⁴ De même, la Loi fondamentale de la République Fédérale Allemande (1949) crée deux tribunaux distincts: la Cour suprême, qui reçoit les appels en matière civile et pénale, et la Cour constitutionnelle (Bundesverfassungsgericht), à laquelle sont dévolus l'interprétation de la Loi fondamentale, les questions relatives à la compatibilité des lois fédérales et locales avec les normes constitutionnelles ou à l'exécution des lois fédérales par les Länder, ainsi que les litiges d'ordre public entre la Fédération et ses membres.³⁸⁵ Enfin, la récente Constitution yougoslave établit également une Cour suprême et une Cour constitutionnelle, laquelle contrôle, inter alia, la validité des lois et règlements fédéraux et locaux et juge les conflits entre la République fédérale et les Républiques fédérées ou entre ces dernières.³⁸⁶ Le

384 - Art. 137 et 138.

385 - Loi fondamentale, art. 93, al. 1er. La Cour possède également d'autres fonctions reliées à la Constitution, v.g., cas de déchéance des droits fondamentaux, de non-constitutionnalité des partis, etc. Voir Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale (1951), art. 13.

386 - Constitution de la Yougoslavie, art. 132, 145 à 151, 160, 241, 244 à 246, 249.

caractère binational du fédéralisme canadien appelle une solution de ce genre: toute nouvelle constitution devrait, à notre avis, instituer une Cour constitutionnelle spéciale dont les fonctions pourraient être semblables à celle que nous venons d'énumérer.³⁸⁷

Une telle solution n'est peut-être pas conforme à la tradition qui prévaut dans le Commonwealth, selon laquelle les cours de dernière instance doivent être des tribunaux d'appel de juridiction générale, mais, comme le fait remarquer le P^r E. McWhinney, cette tradition est quelque peu fétichiste.³⁸⁸ Dans maints pays, aujourd'hui, et même dans ceux qui ont subi l'influence britannique, la tendance est à la spécialisation dans les principaux domaines du droit, particulièrement en matière administrative. Et si les arguments que l'on peut faire valoir en faveur d'une telle spécialisation sont valables dans ces divers domaines (à condition de n'être pas poussés à outrance), ne sont-ils pas encore plus convaincants lorsqu'il s'agit de la législation fondamentale d'un pays? Il y aurait avantage, dans les circonstances particulières du Canada, à s'inspirer davantage sur ce point de la tradition du continent européen, dont la tradition fédéraliste paraît plus sûre, particulièrement en Allemagne, que celle des pays du Commonwealth. D'ailleurs, on observe que dans une fédération comme les Etats-Unis, la Cour suprême a été amenée, dans la pratique, à se concentrer presque exclusivement sur des affaires relevant du droit public.

387 - Voir notre article: "A Constitutional Court for Canada" (1965), Revue Barreau can., tome 43, p. 545.

388 - Constitutionalism in Germany and the Federal Constitutional Court (1962), p. 20.

La Cour constitutionnelle canadienne devrait être dotée par la Constitution d'un statut indépendant par rapport à la Cour suprême, mais elle pourrait également constituer une chambre distincte au sein de cette Cour, à condition que ses arrêts soient obligatoires pour les autres Chambres dans le domaine qui est de sa compétence. La première solution est à préférer, cependant, puisqu'elle permettrait de placer la Cour constitutionnelle au-dessus du pouvoir central et des provinces: elle pourrait élaborer sans l'intervention du ministère de la Justice son règlement intérieur et administrer d'une manière indépendante les crédits budgétaires qui lui seraient affectés.

La Cour devrait être saisie par le moyen d'un renvoi de toute question intéressant la validité d'une loi ou d'un décret fédéral ou provincial au regard de la Constitution fédérale. En Allemagne, tout tribunal fédéral ou provincial qui estime qu'une disposition législative est inconstitutionnelle doit surseoir à statuer et s'adresser à la Cour afin d'obtenir un arrêt sur ce point; par ailleurs, si le tribunal inférieur est d'avis que la loi est valide, il n'a pas à s'en remettre à la Cour, mais la partie qui invoque l'invalidité peut y porter la question après avoir épuisé les recours ordinaires. On pourrait également étudier le système nigérien, selon lequel le tribunal régional inférieur doit, à la demande de l'une des parties, renvoyer toute question intéressant la validité des lois ou l'interprétation de la Constitution à la Haute Cour régionale, laquelle doit trancher le point en litige, à moins qu'elle ne

³⁸⁹
389 - Loi fondamentale, art. 100.

soit à son tour obligée de renvoyer le point de droit à la Cour suprême fédérale, si la partie intéressée le requiert; les tribunaux peuvent également effectuer le renvoi ³⁹⁰ proprio motu. Les deux systèmes, allemand et nigérien, sont fondés sur le même principe, mais le premier nous paraît plus expéditif et moins susceptible d'abus de la part des parties au litige. Enfin, dans les deux cas, le tribunal supérieur saisi du point contesté doit le trancher et retourner le dossier au tribunal primitif, qui rend jugement à la lumière de la réponse reçue. Notons que la Loi sur la Cour suprême du Canada contient déjà des dispositions autorisant les tribunaux à déférer les questions constitutionnelles à la Cour suprême lorsqu'elles surgissent dans les causes civiles, à condition que la Législature provinciale ait voté une loi autorisant les juges à ³⁹¹ agir de la sorte. Le système que nous proposons modifierait considérablement la structure du pouvoir juridictionnel; du moins s'appliquerait-il sur la procédure existante du renvoi.

Il devrait être prévu que la Cour constitutionnelle canadienne ne serait point compétente pour se prononcer sur les questions relatives à la compatibilité des lois provinciales avec les constitutions provinciales; ces questions devraient être tranchées en dernier ressort par le tribunal le plus élevé/ Telle est ^{dans chaque province.} la règle applicable dans la Fédération allemande: elle est conforme

390 - Constitution de la Nigéria, art. 107 à 114.

391 - Loi sur la Cour suprême, art. 62. Quelques provinces ont adopté les lois requises: voir Dominion Courts Act, R.S.O. 1960, chap. 112.

au principe de l'autonomie des Etats-membres³⁹². D'une manière plus générale, il conviendrait de mieux séparer les deux ordres juridiques en attribuant aux tribunaux provinciaux (ceux du Québec à tout le moins) la juridiction exclusive en ce qui concerne l'application et l'interprétation des lois provinciales, y compris le droit civil;³⁹³ il ne devrait y avoir appel à la Cour suprême (distincte de la Cour constitutionnelle) qu'à l'égard des lois fédérales ou lorsque les libertés publiques sont en cause.

Composition de la Cour constitutionnelle et mode
de nomination des juges

Dans la majorité des Etats fédéraux, avons-nous constaté plus haut, le rôle d'arbitre constitutionnel est attribué par la Constitution à la Cour suprême fédérale. Ce système entraîne invariablement la nomination des juges constitutionnels par les organes

392 - Loi fondamentale, art. 99.

393 - Pour les arguments qui militent en faveur de cette solution dans le cas du droit civil, voir L. Baudouin, "Conflits nés de la coexistence juridique au Canada." (1960), La dualité canadienne, pp. 106, 109; P. Azard, "La Cour suprême au Canada et l'application du droit civil de la Province de Québec" (1965), Rev. Barreau can., tome 43, pp. 551, 555 (le doyen Azard en vient à une conclusion différente de la nôtre, cependant: il propose la création d'une section civile au sein de la Cour suprême). Nous estimons également que les juges des cours supérieures provinciales devraient être nommés par les gouvernements provinciaux, Cf. l'opinion de K.C. Wheare, op. cit. supra note 370, p. 71: "The case of Canada, where the appointment of all judges is in the hands of the general government, is an example of a system which contradicts the federal principle. It is a further illustration of the modified or quasi-federal system which the Canadian Constitution established."

³⁹⁴ fédéraux. Le Canada n'a pas échappé à cette règle: les membres de la Cour suprême sont tous nommés par l'Exécutif fédéral.³⁹⁵ Une seule disposition, ajoutée au cours du débat de 1875 sur le bill de la Cour suprême, restreint quelque peu la liberté de choix du gouvernement: au moins trois juges sur les neuf qui constituent la Cour doivent être choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure ou parmi les avocats de la province de Québec.³⁹⁶

On s'est demandé, chez les auteurs, si l'arbitrage des litiges fédéraux-provinciaux et le contrôle des compétences pouvait être exercé de façon impartiale dans les diverses fédérations qui ont adopté un tel mode de nomination. Plusieurs en tirent même un argument en faveur de la suprématie, voire de la souveraineté du pouvoir central: la jurisprudence dans les Etats fédéraux, écrit le P^r M. Mouskhély, montre que l'organe judiciaire fédéral "tâche de renforcer le pouvoir central et d'augmenter sa compétence."³⁹⁷ Certes, ce serait une erreur de croire que les tribunaux constitutionnels sont les seuls responsables des tendances centralisatrices que l'on retrouve dans toutes les fédérations: on doit également tenir compte de l'action des facteurs psychologiques, sociologiques et économiques ainsi que de la volonté populaire qui, dans les Etats homogènes sur le plan ethnique, constitue un puissant

394 - Constitution de l'Inde, art. 124, 125, 216, 217; Constitution de l'Australie, art. 72, Constitution du Brésil, art. 60, 98; Constitution du Mexique, art. 56, 86.

395 - Loi sur la Cour suprême, art. 4.

396 - Idem, art. 6. Voir les Débats, 1875, p. 972 (à ce moment, deux juges sur six devaient venir du Québec).

397 - Théorie juridique de l'Etat fédéral (1931), p. 137; voir également Burdeau, op. cit. supra note 371, p. 424.

élément d'uniformisation. En outre, on pourrait citer plus d'un cas où le tribunal suprême a favorisé les Etats-membres, par exemple dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis et dans les arrêts du Conseil privé.

Néanmoins, il demeure vrai que, d'une manière générale, les tribunaux constitutionnels nommés par les gouvernements centraux ont contribué à la centralisation. Et lorsqu'ils ont refusé de le faire, particulièrement en période critique, les autres organes fédéraux ont été tentés d'intervenir pour briser leur résistance. C'est ainsi qu'en 1870, le Congrès américain a augmenté le nombre des juges de manière à transformer rapidement la composition et l'orientation de la jurisprudence de la Cour. En outre, le Président a parfois nommé à ce haut tribunal des partisans de sa politique ou des personnages issus des milieux politiques fédéraux, dans l'espoir de modifier l'orientation de la Cour. Roosevelt lui-même n'a pas hésité à utiliser ce moyen entre 1937 et 1941, alors qu'il tentait de faire triompher son New Deal. Au Canada, l'attitude du Conseil privé à l'égard des lois Bennett provoqua la réaction que l'on sait, laquelle entraîna éventuellement l'abolition des appels au Comité judiciaire par un acte unilatéral du Parlement fédéral. De tels procédés sont peut-être justifiables, sur le plan politique, lorsqu'ils sont appuyés par la majorité des citoyens d'une fédération culturellement homogène, mais dans un Etat binational comme le Canada, on ne saurait s'en servir qu'en risquant de perdre la confiance d'une partie importante de la population.

Nous avons suggéré plus haut la création d'une Cour constitutionnelle spéciale pour le Canada, dans le but de doter le pays d'un arbitre qui échapperait au contrôle exclusif du pouvoir central. Quelle serait la composition de cette Cour et comment seraient nommés ses membres? Dans une première hypothèse, la Cour constituerait une chambre de la Cour suprême ou formerait, comme l'a suggéré le Doyen P. Azard, l'assemblée plénière d'un tribunal composé d'une Chambre civile et d'une Chambre de common law.³⁹⁸ Il conviendrait alors d'augmenter le nombre des juges de la Chambre de droit civil à cinq, afin qu'elle soit suffisamment nombreuse, et celui des juges de la Chambre de common law dans une proportion semblable, soit à dix. Dans les litiges entre l'Etat fédéral et une province autre que le Québec ou lorsqu'une question de droit constitutionnel concernant l'une de ces provinces serait transmise à la Cour, l'assemblée plénière de quinze juges (ou un banc de neuf juges, y compris trois civilistes) trancherait la question à la majorité.

Cependant, la composition du tribunal serait différente dans les litiges entre le pouvoir fédéral et le Québec ou lorsque le point de droit soumis à la Cour toucherait au statut particulier de cette province (i.e. aux dispositions de la Constitution visant spécialement son autonomie ou sa participation aux organes centraux): la Chambre constitutionnelle pourrait alors être composée de dix juges pris également dans les deux autres Chambres et les décisions seraient prises à la majorité à condition que cette majorité comprenne

398 - Op. cit. supra note 393, p. 560.

deux juges de chaque Chambre. Ce système permettrait sans doute de régler la plupart des litiges, particulièrement ceux d'un caractère purement juridique. Cependant, il se pourrait que la majorité requise ne puisse être acquise de part ou d'autre, par exemple dans le cas d'un vote de 5 voix contre 5 (ou d'un vote de 6 voix à 4, si la majorité ne comprend pas deux juges de chaque Chambre).

En pareil cas, le Tribunal constitutionnel devrait être élargi de manière à inclure trois ou cinq juges choisis parmi les Cours constitutionnelles ou suprêmes étrangères; l'impossibilité d'en venir à une décision indiquerait en effet qu'aucune des deux parties ne saurait s'en remettre à l'autre et la présence de juges étrangers serait alors souhaitable. Une liste de ces juges serait dressée tous les trois ou cinq ans, avec leur consentement, et les noms seraient tirés au sort en cas de besoin. Les décisions seraient acquises à la majorité (7 sur 13 ou 8 sur 15) de tous les juges.

Dans une seconde hypothèse, la Cour constitutionnelle constituerait un tribunal distinct de la Cour suprême. En Autriche, où prévaut cette formule, la Haute Cour se compose d'un président, d'un vice-président, de douze autres membres et de six membres suppléants. La Cour ne siège pas de manière permanente, mais selon les besoins et sur convocation ; trois membres et deux suppléants doivent
399
même avoir leur domicile permanent en dehors de la capitale. En République Fédérale Allemande les constituants ont hésité entre le

rattachement du tribunal constitutionnel à la Cour suprême et la constitution d'une cour indépendante. Le rapport de la Commission de Herrenchiemsee, chargée de préparer le projet de loi fondamentale, insistait cependant sur la nécessité de l'indépendance de la juridiction constitutionnelle par rapport au pouvoir politique, de façon qu'elle puisse protéger efficacement les droits des Länder.⁴⁰⁰ C'est le Parlement qui a dû trancher ces questions, lors de l'adoption de la loi fédérale qui règle la constitution et la composition du tribunal.⁴⁰¹ On y opte pour une cour indépendante des tribunaux de droit commun et composée de seize membres divisés en deux collèges ou sénats qui se partagent la juridiction constitutionnelle, mais doivent se réunir en plenum lorsqu'il y a divergence d'opinion entre les deux collèges au sujet d'un arrêt rendu par l'un d'eux ou lorsqu'il y a lieu de départager leurs compétences respectives.⁴⁰² Le tribunal, bien qu'il n'ait pas manqué de travail depuis son établissement, ne siège point d'une manière permanente; plusieurs de ses membres enseignent le droit dans les universités allemandes.

Pour l'établissement d'un système d'arbitrage constitutionnel canadien, on devrait, à notre avis, s'inspirer des modèles autrichien et allemand. Une juridiction spéciale indépendante du gouvernement fédéral et des provinces ainsi que des tribunaux de droit commun est devenue nécessaire; les suites politiques parti-

400 - C. Lassalle, Le fédéralisme dans la Loi fondamentale de la R.F.A. (1954), p. 121.

401 - Loi du 12 mars 1951 réglant la constitution et les compétences du Tribunal constitutionnel fédéral, art. 1er.

402 - Sur le fonctionnement de la Cour, voir E. McWhinney, Comparative Federalism (1962), pp. 24, 30.

culièrement importantes des arrêts constitutionnels, dans un pays bi-national, nous autorisent en effet à retenir cette solution. Le tribunal pourrait être composé de quinze membres, dont cinq de formation civiliste, et divisé en deux Chambres, selon le système que nous avons exposé plus haut. La composition de la Cour suprême du Canada pourrait alors demeurer ce qu'elle est actuellement: il ne serait même pas nécessaire de la diviser en Chambre civile et Chambre de common law, à condition que la Cour d'appel du Québec connaisse en dernier ressort des causes relevant uniquement du droit civil (il faudrait alors créer une sorte de tribunal des conflits habilité à déterminer si une affaire est de droit civil ou si elle comporte d'autres aspects susceptibles de permettre un appel à la Cour suprême).

Il reste à traiter du mode de nomination des membres du tribunal constitutionnel. En Autriche, les membres de la Haute Cour sont nommés par le président de la Fédération, sur proposition du gouvernement fédéral dans le cas du président, du vice-président, de six membres et de trois substituts, et sur proposition des chambres fédérales pour les autres. La Chambre haute (Bundesrat), composée de représentants élus par les législatures locales, élit trois membres et un substitut.⁴⁰³ Ce sont donc toujours les organes fédéraux qui élisent les juges, mais on a cherché à diversifier le corps électoral et à assurer une certaine participation des Länder. En outre, l'article 147 contient les dispositions suivantes, dont on pourrait certes s'inspirer dans toutes les fédérations:

403 - Art. 147, al. 2.

4. Ne peuvent faire partie de la Cour de Justice constitutionnelle: les membres du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement de Land; les membres du Conseil national, du Conseil des pays et des professions, ou de tout autre corps représentatif général. Pour les membres de ces corps représentatifs, qui sont élus pour une législature ou pour une période de fonctions déterminée, l'incompatibilité dure jusqu'à l'expiration de la législature ou de la période de fonctions, même s'ils ont antérieurement renoncé à leur mandat. Enfin, ne peuvent appartenir à la Cour les personnes qui sont employés ou agents à un autre titre d'un parti politique.

5. Ne peut être nommé président ou vice-président de la Cour de Justice constitutionnelle quiconque a occupé au cours des quatres dernières années l'une des fonctions énumérées à l'alinéa 4.

Le mode de nomination adopté en Allemagne donne un rôle plus considérable aux Länder. Les membres du Tribunal constitutionnel y sont élus moitié par la Diète (ou Chambre basse) fédérale et moitié par le Conseil fédéral, lequel est composé des délégués des Etats-⁴⁰⁴ membres. Les candidats ne peuvent appartenir ni aux organes législatif et exécutif fédéraux, ni à ceux d'un Land; ils ne peuvent exercer aucune autre activité, si ce n'est celle de professeur de droit. Six doivent être choisis parmi les juges des tribunaux fédéraux supérieurs et sont nommés à vie; les autres sont élus pour huit ans et sont rééligibles.⁴⁰⁵

404 - Art. 94.

405 - Loi, supra note 401, art. 2 à 10.

Quel serait le mode de nomination le plus approprié aux circonstances canadiennes? Comme nous l'avons indiqué au chapitre VI, nous sommes d'avis que les juges de la Cour constitutionnelle devraient être élus par le Sénat: c'est en effet le seul moyen d'éviter que la nomination des juges ne soit l'objet d'un marchandage entre le gouvernement fédéral et les provinces et d'assurer en même temps que les intérêts de celles-ci soient pris en considération. D'autre part, pour protéger les intérêts fédéraux, il conviendrait qu'un certain nombre de juges (la moitié du groupe de common law et deux civilistes sur cinq) soient choisis parmi les candidats présentés par le gouvernement fédéral. Dans l'hypothèse où le Sénat représenterait les régions, l'élection aurait lieu à la majorité des deux tiers⁴⁰⁶, à condition que la majorité simple des représentants québécois y concourent. Si, par ailleurs, le Sénat était constitué sur la base des deux nations, la majorité des trois quarts assurerait mieux la protection de tous les intérêts en présence. Les candidats devraient avoir fait des études de droit et avoir exercé pendant dix ans au moins une profession quelconque pour laquelle ces études sont exigées.⁴⁰⁷

Modes d'interprétation de la Constitution

Une fois établis le statut, la structure et la composition de la Cour constitutionnelle, il convient de s'attarder quelques

406 - C'est la majorité requise à la Chambre haute allemande pour l'élection des juges de la Cour constitutionnelle; le Sénat américain approuve les nominations faites par le président à la même majorité.

407 - Cf. Constitution de l'Autriche, art. 147, al. 3.

instants sur le mode d'interprétation de la Constitution auquel devrait avoir recours ce haut tribunal lorsque lui seraient soumises les questions relatives à la validité des lois et à la répartition des compétences.

Selon une théorie très en l'honneur dans les pays dont le droit est d'origine britannique, les tribunaux ont pour mission d'adapter les lois fondamentales aux exigences de la conjoncture politique et économique: ils doivent interpréter l'esprit de la Constitution plutôt que d'en appliquer la lettre, particulièrement dans un Etat fédéral, où l'évolution des esprits et le développement matériel transforment sans cesse le contexte dans lequel s'inscrit le droit. Aux Etats-Unis et en Allemagne, les tenants de ce pragmatisme refusent de considérer le texte constitutionnel comme "gelé" une fois pour toutes et pensent que la règle de droit doit être appliquée à la lumière des faits sociaux "in concrete problem
408 situations." Cette théorie trouve au Canada anglais de nombreux partisans, d'autant plus que les amendements constitutionnels sont difficiles à obtenir.

Une seconde thèse, que nous pourrions qualifier d'autonomiste, penche en faveur d'une interprétation purement juridique de la Constitution: il n'appartient pas au tribunal de se substituer au pouvoir constituant et le juge doit veiller au contraire à protéger les Etats-membres contre les empiètements toujours possibles du

pouvoir central. Ce point de vue compte beaucoup de tenants dans les Etats-membres comme la Bavière ou le Québec.

Lequel de ces deux modes d'interprétation devrait avoir cours au tribunal constitutionnel canadien? Admettons dès l'abord qu'aucune norme constitutionnelle ne peut échapper entièrement à l'emprise des facteurs politiques lato sensu. Nous sommes témoins dans ce pays, à l'heure actuelle, de faits qui corroborent entièrement cette affirmation. En second lieu, il est de l'essence même de la situation que les deux théories continueront de trouver des défenseurs, quel que soit le régime constitutionnel adopté. Le Canada anglais a toujours incliné en faveur d'un pouvoir central fort et l'action des tribunaux dans ce sens lui a toujours paru légitime, tout comme la jurisprudence du Conseil privé lui a semblé intolérable. S'il s'écartait de ces sentiments, on pourrait même douter qu'il réussisse jamais à se donner une identité distincte de celle de nos puissants voisins. Pour le Québec, au contraire, la Constitution a pour but de protéger ses institutions contre un pouvoir central jugé trop omniprésent.

Ces deux attitudes sont légitimes: elles sous-tendent toute l'histoire du pays depuis l'Union de 1840, de même que les controverses au sujet de la nature de la Confédération et de la théorie du pacte. Elles répondent aux aspirations fondamentales des deux peuples; il serait donc vain de tenter de les extirper. Il est plus sage, tout compte fait, de s'en accommoder et même de leur faire à toutes deux une place dans la Constitution. L'interprétation souple et les tendances centralisatrices pourraient fort bien être conservées et

développées par la Cour constitutionnelle lorsqu'elle jugerait les litiges opposant le pouvoir fédéral et une province à majorité anglophone, mais la Chambre qui serait appelée à trancher les questions soulevées par le statut particulier du Québec serait tenue de s'en tenir à l'interprétation la plus fidèle du texte constitutionnel. Qu'il en résultât une double jurisprudence n'aurait rien de surprenant: ce serait l'une des conséquences les plus normales du statut particulier québécois.

En terminant ce chapitre, il convient d'ajouter une dernière observation au sujet de la règle du stare decisis, dont la portée a toujours été très grande en droit anglo-canadien, malgré quelques écarts⁴⁰⁹. En 1932, dans l'affaire Daoust, Lalonde et Cie v. Ferland, le juge Anglin déclarait que la Cour suprême devait s'en tenir à la doctrine du stare decisis dans toutes les affaires qui lui étaient soumises, quelle que soit la province dont elles émanaient⁴¹⁰. Aujourd'hui, on constate que cet usage, dont on comprend fort bien l'importance dans un système juridique qui repose sur des précédents, a causé maints ravages en droit civil québécois; aussi le Doyen Azard en a-t-il proposé l'élimination⁴¹¹.

409 - Voir A. Joanes, "Stare decisis in the Supreme Court of Canada" (1958), Rev. Barreau can., tome 36, p. 175; W. Friedmann, "Stare decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec" (1953), idem, tome 31, p. 723.

410 - (1932) 2 D.L.R., p. 642.

411 - Réf. supra note 393, p. 558.

Le stare decisis a exercé également quelques "ravages" en droit constitutionnel canadien, mais ce fut aux dépens du texte de l'A.A.N.B. et de la conception unitaire qui s'en dégage; sous ce point de vue, le Québec n'a pas eu à s'en plaindre. W.P.M. Kennedy n'a-t-il pas écrit qu'il fallait se défaire des arrêts du Conseil privé "for they will hang around the necks of the judiciary... in that uncanny stranglehold with which stare decisis seems doomed to rob the law of creative vitality"⁴¹²? Dans la perspective d'une nouvelle Constitution écrite qui consacrerait la coexistence institutionnelle des deux nations canadiennes et le statut particulier du Québec, la suppression de cet usage, tout en donnant satisfaction à plus d'un juriste anglo-canadien, ne présenterait désormais aucun inconvénient pour le Canada français.

412 - Réf. supra note 350, p. 399.

Chapitre IX

DUALISME ET MINORITES

Binationalisme et société multiculturelle

Nous avons retracé, dans la première partie de notre exposé, l'histoire des droits collectifs des Canadiens français dans les provinces autres que le Québec et tenté de démontrer comment la réduction ou la suppression de ces droits fut l'un des facteurs décisifs dans l'évolution de la pensée politique des Québécois francophones. Aujourd'hui, ceux-ci sont enclins à penser que la reconquête de l'égalité signifie avant tout le contrôle et le renforcement des institutions provinciales, qui constituent leur dernière chance, à moins qu'ils n'appartiennent aux mouvements indépendantistes, pour lesquels il n'est pas d'égalité possible pour les deux peuples dans l'ensemble du Canada, si ce n'est celle que procurerait, selon eux, la souveraineté du Québec.

Le principe des deux nations, dont l'une s'incarne avant tout dans un Québec largement autonome, ne supprime point, cependant, la question du sort des minorités française dans les provinces à majorité anglophone, ni celle des droits de la minorité anglophone du Québec. Il n'est pas douteux que ces questions subsisteraient même dans le cas où le Québec accéderait à l'indépendance, tout comme elles survécurent à la création des Etats multinationaux de l'Europe orientale par le Traité de Versailles. Certes, les problèmes fondamentaux du Canada sont de nature institutionnelle et l'on se rend compte, sans doute, qu'il ne suffira pas d'améliorer le bilinguisme pour dissiper

le malaise politique canadien, mais les droits minoritaires n'en demeurent pas moins un élément essentiel du nouvel équilibre qu'il nous faut rechercher pour le pays. La non-restauration de l'égalité des deux groupes nationaux risquerait d'ailleurs de convaincre les Canadiens français, une fois pour toutes, que le Canada n'est pas leur patrie.

La présence des groupes ethniques qui ne sont point d'origine britannique ou française constitue un autre élément important de la situation. Existait-il, demandait la Commission dans son rapport préliminaire, un moyen quelconque de concilier les concepts de dualisme et de multiculturalisme? ⁴¹³ On peut se demander, en effet, dans quelle mesure l'affirmation du caractère binational du pays aurait des répercussions sur les droits des Canadiens dont l'origine n'est ni britannique ni française (25.8% de la population) et, en particulier, dont la langue maternelle n'est ni le français ni l'anglais (13.5%).

Nous étudierons successivement la question des statuts minoritaires déjà consacrés par l'A.A.N.B., puis celle des droits des groupes ethniques autres que les deux "peuples fondateurs".

Autonomie et droits minoritaires

Nous avons décrit au chapitre II l'étendue des droits minoritaires dans l'A.A.N.B. et constaté qu'en dehors des franchises linguistiques limitées de l'article 133, la langue française y trouve

surtout protection derrière le bouclier de la dissidence confessionnelle. En outre, chaque fois qu'il est question dans la Constitution de domaines se rattachant de près à la culture (par exemple, droit civil et éducation), les constituants de 1864 en ont réservé la compétence exclusive aux provinces.

Cependant, dans le but de protéger les minorités dont les droits scolaires seraient abrogés ou restreints par une législature provinciale, l'article 93 établissait un système de garanties judiciaires et politiques. Tout d'abord, pour ce qui était des droits ou privilèges existant au moment de l'entrée en vigueur de l'A.A.N.B. quant aux écoles confessionnelles, toute personne lésée par une loi provinciale portant préjudice à ses droits pouvait exercer le recours ordinaire devant les tribunaux.⁴¹⁴ En outre, il existait un appel de nature politique à l'Exécutif fédéral contre tout acte d'une autorité provinciale touchant les droits scolaires des minorités et, pour le cas où la province refuserait d'obtempérer à la décision fédérale, le Parlement pouvait intervenir et imposer des lois réparatrices. Enfin, dans le cas où un système d'écoles séparées serait établi par une législature provinciale après l'entrée en vigueur de l'union fédérale, les personnes lésées pouvait invoquer le recours politique aux organes fédéraux, mais non la protection des tribunaux;⁴¹⁵ l'extension des droits minoritaires était donc prévue.

414 - Art. 93, al. 1er et 2.

415 - Art. 93, al. 3 et 4. Voir Brophy v. A.-G. for Manitoba, [1895] A.C., p. 202.

Dans les provinces qui vinrent se greffer à la Fédération après 1867, la situation juridique est très variée. Si l'Acte du Manitoba transplanta dans cette province, comme nous l'avons vu au chapitre II, les franchises linguistiques de l'article 133 et les écoles séparées, il n'en fut pas de même dans les autres: l'Alberta et la Saskatchewan, par exemple, ne font aucune place à la langue française, mais les écoles confessionnelles y sont protégées, avec la garantie fédérale. La Colombie Britannique, pour sa part, n'avait pas d'écoles confessionnelles lors de son entrée dans l'Union et les droits scolaires des minorités n'y ont jamais été reconnus. En février 1963, au cours d'un forum sur les droits civils, le procureur général de cette province, R. Bonner, déclara à ce sujet:

Historiquement, la Colombie-Britannique n'a pas souscrit [au soutien par l'Etat des écoles qui appartiennent à une catégorie religieuse particulière] et je doute fort que, si on avait posé comme condition, au moment de la Confédération, que les écoles séparées s'étendraient à la Colombie-Britannique, cette province aurait accepté l'union. Le temps modifiera peut-être cette situation, mais c'est la situation actuelle. 417

416 - Acte de l'Alberta, 4-5 Edw. VII, chap. 3, art. 17; Acte de la Saskatchewan, 4-5 Edw. VII, chap. 42, art. 17.

417 - La Confédération, après cent ans, vaut-elle toujours? (1963), p. 90. Strictement parlant, l'opinion exprimée sur l'aspect juridique de la question paraît douteuse. L'art. 10 de l'annexe de l'Arrêté en Conseil de S.M. admettant la Colombie-Britannique, du 16 mai 1871, prévoit en effet que les dispositions de l'A.A.N.B. s'étendent à la nouvelle province. L'art. 93 s'étend donc à cette province et protégerait tout système d'écoles dissidentes établi par la Législature.

Quant à la province de Terre-Neuve, un régime spécial lui fut octroyé en matière d'enseignement dans les conditions de l'union qui furent agréées le 11 décembre 1948: les écoles et même les collèges confessionnels y sont protégés contre la Législature, mais sans garantie ⁴¹⁸ fédérale; ce sont donc les tribunaux qui sont les gardiens des libertés scolaires dans cette province.

Dans l'ensemble, on ne saurait prétendre que le système que nous venons de décrire fait du Canada un pays "biculturel" ou bilingue, même sur le plan juridique. Qui pis est, nous avons vu dans la première partie de cet ouvrage ce qu'il advint des droits scolaires dans les provinces où ils étaient garantis par le pouvoir fédéral: Nouveau-Brunswick, Manitoba, Ontario. Chaque fois, il se trouve quelque lacune ou subtilité juridique qui permet d'accabler la minorité. En somme, le Québec est la seule province où règne l'égalité culturelle, en partie sous le couvert de la confessionnalité scolaire.

On a souvent accusé le principe de l'autonomie provinciale d'être responsable de cette situation injuste; il eût suffi, dit-on parfois, de confier la protection des droits minoritaires directement au Parlement fédéral pour que le Canada français fît sentir son influence plus qu'il ne le pouvait dans les institutions provinciales. Ce raisonnement ne serait peut-être pas faux dans l'abstrait, mais les difficultés rencontrées à l'époque de l'Union, en 1841, lorsque les deux Canadas tentèrent de se donner une législation scolaire commune

418 - Voir Loi de l'union de Terre-Neuve au Canada, 13 Geo. VI, chap. 1er, annexe, art. 17.

(avec écoles rattachées aux municipalités, elles-mêmes subordonnées au gouvernement unitaire) font voir que Bas-Canadiens et Hauts-Canadiens n'auraient jamais accepté la Confédération à de telles conditions. Le seul compromis possible, en 1865, consistait à s'en remettre à l'autonomie des provinces et à souhaiter que le fanatisme ne jette point l'édifice bas. Que ce système se soit écroulé au cours du demi-siècle qui suivit ne prouve pas que le Parlement fédéral eût mieux réussi, s'il eût eu le pouvoir exclusif en matière d'enseignement. Rappelons simplement le vote qui eut lieu à Ottawa, le 11 mai 1916, au sujet de la question scolaire ontarienne: la résolution Lapointe, qui invitait "respectueusement" la Législature provinciale à faire en sorte qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits des enfants d'origine française, fut rejetée 107 voix à 60.⁴¹⁹

D'aucuns prétendront que les temps ont changé et que les provinces devraient aujourd'hui transférer au Parlement leur compétence dans le domaine de l'enseignement, du moins en ce qui concerne les minorités. A la réflexion, nous sommes plutôt d'avis contraire: le temps n'a fait que consolider l'emprise des provinces et renforcer la méfiance du Québec.⁴²⁰ Demander à cette province, en particulier, de renoncer au contrôle qu'elle exerce sur l'enseignement à l'intérieur de ses frontières reviendrait à exiger qu'elle risque le tout pour le tout.

419 - Voir supra notes 76 et 77.

420 - Nous avons exprimé une opinion différente, il y a deux ans: "Vers un nouvel équilibre constitutionnel au Canada", dans Crépeau et Macpherson, op. cit. supra note 223, p. 154.

La solution la plus praticable consiste plutôt à amener les provinces anglophones à modifier leur attitude et à insérer le plus tôt possible dans une nouvelle constitution canadienne une charte des droits collectifs en matière de franchises linguistiques et de liberté scolaire. On pourrait également, tout en respectant l'autonomie des provinces, améliorer le mécanisme de la garantie fédérale, tant devant les tribunaux que devant les institutions politiques. Nous tenterons maintenant de décrire les droits scolaires auxquels devraient avoir droit les deux nations dans toute l'étendue du pays, pour ensuite dire quelques mots au sujet des recours possibles en cas de violation par les autorités provinciales. Par la suite, nous étudierons la question des franchises linguistiques.

Nature, étendue et garantie des droits scolaires

1^o Les libertés scolaires, selon la lettre de l'A.A.N.B., sont des libertés religieuses. C'est en tant que "sujets protestants et catholiques romains" que certaines classes de personnes sont protégées par l'article 93. Cependant, à l'époque de la Confédération, il existait une identité beaucoup plus marquée qu'aujourd'hui entre Protestants et anglophones, d'une part, ainsi que Catholiques et francophones d'autre part, à ce point que G. Brown, au cours des débats sur la Confédération, pouvait parler des droits scolaires de la "population anglaise" du Bas-Canada. Sous la protection de

beaucoup plus complexes que ne le laissaient deviner les apparences. On le vit bien quand l'Ontario, en 1913, imposa l'anglais comme langue d'enseignement dans les écoles.⁴²² Mais la lettre de la loi devait l'emporter sur les réalités sociologiques: le Conseil privé lui-même décida en 1917 que ces restrictions n'étaient pas contraires à l'article 93: la "classe de personnes" protégée par cet article était déterminée par la religion "et non la race ou la langue".⁴²³

Il paraît difficile de redresser la situation aujourd'hui, si l'on s'en tient au critère confessionnel. Dans un mémoire soumis au Comité de la Constitution, à Québec, en 1965, l'Association canadienne des Educateurs de langue française en venait à ce sujet aux conclusions suivantes:

Nous recommandons que la garantie prévue à l'article 93 s'étende non seulement à l'école confessionnelle, mais aussi à l'école française ou anglaise, dans toutes les provinces.

Bien que nous approuvions l'idée de l'extension des libertés de l'article 93 aux écoles françaises et anglaises, nous sommes d'avis que les structures qui résulteraient de cette recommandation seraient trop complexes pour être efficaces: à côté des écoles publiques et des écoles séparées, on trouverait désormais des écoles anglaises ou françaises, selon le cas, en sorte qu'il y aurait prolifération des commissions scolaires et dispersion des efforts.

422 - Voir supra, note 75.

423 - Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for the City of Ottawa v. Mackell, [1917 / A.C. 62.

On simplifierait considérablement les choses en choisissant la langue (c'est-à-dire la culture) comme critère fondamental des structures scolaires, quitte à retenir la religion comme critère accessoire. Partout au Canada où se trouvent des minorités anglophones ou francophones suffisamment nombreuses existerait un droit à la "dissidence culturelle" en matière scolaire. Bien entendu, il faudrait tenir compte de la concentration régionale des familles françaises et anglaises et non de leur nombre par rapport à l'ensemble de la population provinciale. Les 26,179 citoyens de langue maternelle française de Colombie-Britannique auraient donc les mêmes droits que les 435,302 Ontariens francophones à condition d'être suffisamment concentrés sur un territoire donné. Les exigences relatives au nombre ne devraient pas être trop élevées, de manière que des pôles d'attraction puissent être créés autour desquels les minorités se grouperaient naturellement. Les groupes intéressés auraient droit d'obtenir la création de commissions scolaires ou d'autres institutions distinctes, rattachées à deux sections du ministère provincial de l'Education, l'une française, l'autre anglaise.

La Constitution reconnaîtrait à tout citoyen de langue anglaise ou française ce choix fondamental⁴²⁴, auquel viendrait s'ajouter, au niveau de la législation provinciale - et dans les provinces qui y consentiraient - le droit à la dissidence religieuse à l'intérieur

424 - En ce qui concerne les militaires, le droit devrait leur être reconnu de n'être posté que dans les régions où existent des écoles donnant l'enseignement dans leur langue.

et sous la responsabilité de chaque secteur linguistique. Cette seconde dissidence pourrait d'ailleurs offrir une plus grande variété qu'elle ne le fait actuellement, là où les enfants seraient suffisamment nombreux: à côté des écoles catholiques et protestantes pourraient exister des écoles de religion judaïque, des écoles neutres, etc. Le système que nous venons de décrire est complexe, certes, mais la structure en demeure cohérente; dans les provinces les plus ouvertes, il permettrait de respecter toute la hiérarchie des droits collectifs et individuels, d'une manière croissante.

2° L'étendue des droits de chaque secteur linguistique pourrait également être précisée dans la Constitution, au moins sous forme de minimum. Il va de soi que les droits relatifs à l'organisation, à la perception des taxes et aux octrois seraient reconnus à chaque section sur un pied d'égalité. Ce ne sont pas là, cependant, les seuls droits que pourraient réclamer les "dissidents culturels". Tout aussi essentiels, en effet, sont le droit pour un secteur linguistique de déterminer lui-même la dose de bilinguisme qui serait admise dans ses écoles et le droit de se doter d'institutions d'enseignement secondaire et supérieur.

Nous sommes d'avis, en effet, que seuls les intéressés sont en mesure de juger dans chaque province et dans chaque district, de la quantité de français et d'anglais qui doit être donnée à leurs enfants. Il n'est pas impossible que le dosage doive être fort différent selon qu'il s'agit de Montréal, de Toronto, de Winnipeg ou d'Edmonton, pour ne mentionner que quelques grands centres. Les écoles françaises de l'Ontario pourraient donc donner leur enseignement entièrement en français (moins le minimum d'heures requises pour la langue seconde) ou opter pour une formation plus poussée en anglais. L'essentiel est

que chaque section linguistique possède la plus large autonomie possible dans ce domaine et que le système réponde aux besoins variables des divers districts ou régions.

La dissidence linguistique ne doit pas être limitée au niveau primaire, comme le veut la jurisprudence du Conseil privé.⁴²⁵ La liberté scolaire doit inclure la possibilité pour une population française suffisamment nombreuse de fonder des établissements de niveau secondaire et supérieur, lesquels auraient droit aux mêmes subventions que toutes les institutions semblables dans chaque province. Il appartiendrait aux intéressés de déterminer dans quelle mesure ces établissements seraient "bilingues". Dans un système pleinement développé, diverses options pourraient être offertes dans l'une ou l'autre langue; cependant, la possibilité de faire des études entièrement françaises devrait exister pour ceux qui désireraient s'en prévaloir.

3° Les mécanismes de garantie ont fait défaut dans le passé, du moins sur le plan politique: on peut dire que le droit d'appel à l'Exécutif fédéral et le rôle réparateur du Parlement sont tombés en désuétude. Quant aux tribunaux, ils se sont contentés, dans la plupart des cas, d'interpréter restrictivement des garanties restreintes, en sorte qu'il n'y a plus aucune protection véritable à tirer de l'article 93.

425 - Roman Catholic Separate School Trustees for Tiny v. The King,
[1928 / A.C. 363.

Dans la perspective d'une nouvelle constitution, cependant, les anciens mécanismes de garantie pourraient encore rendre de grands services, à condition d'être rajeunis. A notre avis, il y aurait avantage à conserver l'option entre le recours judiciaire et le recours politique. Dans le cas d'un appel aux tribunaux, l'affaire pourrait suivre le chemin ordinaire jusqu'à la Cour suprême, à moins qu'elle ne soulève une question relevant de la Cour constitutionnelle. Pour ce qui est du recours politique, le Sénat fédéral serait l'organe compétent pour entendre toute plainte ou remontrance émanant des groupes minoritaires anglais et français; il s'abstiendrait cependant d'intervenir lorsque l'affaire aurait été portée devant les tribunaux, du moins jusqu'au jugement final. Ses moyens d'action auprès des provinces devraient être souples et variés, depuis la simple médiation jusqu'à la législation réparatrice, en passant par les "constatations" et les recommandations.

Les franchises linguistiques

1^o Unilinguisme ou bilinguisme?

A l'heure actuelle, le Canada est un pays composé de neuf provinces officiellement unilingues et d'une province bilingue. La situation n'est pas sans ressembler à celle de la Belgique, où la loi du 8 novembre 1962 a fixé la frontière linguistique et consacré le principe de la territorialité de la langue, à ceci près que le Québec, à l'instar de Bruxelles, constitue une enclave bilingue. L'inégalité implicite dans un tel système constitue un élément important de la désaffection des Canadiens français à l'égard de la Fédération. Dans l'esprit de maints Québécois, il convient main-

tenant de choisir entre l'extension du régime unilingue au Québec et l'extension du bilinguisme aux autres provinces.

Le problème consiste à trouver une règle qui soit à la fois juste, réaliste et d'application générale. A notre avis, ce serait peine perdue que de tenter d'imposer le français dans une province où les personnes de langue maternelle française n'atteignent point 1% de la population, comme Terre-Neuve, par exemple. Par ailleurs, si l'on exige qu'une minorité constitue 20% de la population avant de lui accorder ses franchises linguistiques, des groupes numériquement importants, comme les anglophones du Québec, risqueraient d'en être privés.

2° L'exemple de la Finlande nous paraît tout à fait apte à illustrer ce que pourrait être le Canada. La minorité suédoise, répartie sur les côtes ouest et sud du pays, comptait 331,000 individus en 1960, soit 7.4% de la population totale. Or, l'article 14 de la Constitution finlandaise déclare que le finnois et le suédois sont les langues nationales de la République et ajoute:

Le droit des citoyens finlandais d'employer devant les tribunaux et devant les autorités administratives, dans leurs propres affaires, leur langue maternelle, le finnois ou le suédois, et de recevoir leurs expéditions en cette langue sera garanti par voie de législation, les droits de la population de langue finnoise et de celle de langue suédoise devant être sauvegardés selon des principes identiques. 426

426 - Constitution du 17 juil. 1919, dans B. Mirkine-Guetzévitch, Les Constitutions européennes (1951), tome Ier, p. 398.

La Finlande est un Etat unitaire et la question linguistique y est moins compliquée qu'elle ne peut l'être dans un Etat composé comme le Canada, d'autant que la religion, les moeurs et la race rapprochent fortement Finnois et Suédois. Cependant, rien ne nous empêche de comparer chaque province à un pays unitaire pour les fins qui nous occupent.

Les lois finlandaises sont d'ailleurs fondées sur des principes qui pourraient être appliqués à l'intérieur de chaque province. Tout d'abord, l'article 51 prescrit que toute nouvelle circonscription administrative doit, autant que le permettent les circonstances, être délimitées de manière à ne comprendre que des populations parlant une seule langue, le finnois ou le suédois, ou, en tout cas, de manière que la minorité parlant l'autre langue y soit aussi réduite que possible. En second lieu, les communes sont classées selon un système destiné à protéger le mieux possible les minorités. Toute localité, en effet, devient officiellement bilingue dès qu'il s'y forme une minorité de 12% et le demeure tant que ce groupe ne descend pas au-dessous de 8%. De la sorte, on comptait en 1953, 438 communes finnoises, 47 suédoises et 44 bilingues, dont 32 à majorité suédoise.⁴²⁷ Enfin, poussant plus loin encore le souci des droits culturels de la minorité, une loi du 25 novembre 1962 assure le maintien du bilinguisme sans égard au pourcentage dans les communes où la minorité compte un minimum de 5,000 âmes. Ce sont là des principes dont devrait s'inspirer toute nouvelle Constitution canadienne.

427 - G. Héraud, L'Europe des Ethnies (1963), p. 135.

3° Bilinguisme fédéral et bilinguisme provincial. Il faut distinguer, au Canada, entre les problèmes du bilinguisme au niveau fédéral et les difficultés encore plus graves que les Canadiens français ont à affronter dans les provinces. L'extension du bilinguisme dans l'administration fédérale pose certes des problèmes délicats, comme l'ont fait voir les réactions à la politique pourtant fort prudente énoncée par le premier ministre le 6 avril 1966, mais cela n'est rien auprès de la tâche qui consiste à instaurer le bilinguisme dans certaines provinces. Alors que les problèmes du gouvernement fédéral peuvent être réglés sans changements d'ordre constitutionnel, il faudra faire appel à des amendements, voire à une révision complète de la Constitution, pour restaurer l'égalité des deux nations au niveau provincial.

Dans la fonction publique fédérale, il faudrait non seulement instaurer le bilinguisme aux niveaux les plus élevés de l'administration, mais créer un milieu dans lequel les Canadiens français puissent travailler, penser, communiquer et vivre dans leur langue. C'est là une tâche immense car elle suppose l'acceptation par le Canada anglais de manières, de penser et de méthodes de travail qui ne sont pas toujours les siennes, sans compter le climat culturel. Cependant, nous ne pouvons nous attarder ici qu'aux principes qui devraient régir la coexistence des deux nations dans la capitale fédérale et aux institutions qui pourraient favoriser la mise en oeuvre de ces principes.

L'égalité en matière de langues devrait signifier avant tout que, pour des postes équivalents au niveau inférieur, la

connaissance de l'une ou l'autre langue officielle suffit, chacun travaillant dans sa langue, sauf dans la mesure où, dans les rapports avec le public, le bilinguisme est requis. La connaissance des deux langues devrait alors faire l'objet d'un examen et les résultats devraient entrer en ligne de compte pour les fins des salaires et de l'avancement. Le personnel vraiment bilingue étant plutôt rare, il y aurait lieu de tenir compte des situations régionales: les exigences ne devraient pas être les mêmes selon qu'il s'agit d'un poste à Trois-Rivières, Montréal, Toronto ou St-Boniface. Une carte détaillée devrait être établie, le bilinguisme devenant une condition d'emploi dès qu'une minorité linguistique anglaise ou française atteint un certain pourcentage de la population. Un certain nombre de secteurs unilingues pourrait de la sorte être établi.

Au niveau moyen, le bilinguisme constituerait déjà une condition plus importante. Tous les rapports devraient en effet être rédigés dans la langue du signataire, sans traduction. Quelques exceptions à cette règle pourraient être prévues dans les régions entièrement unilingues. Au niveau supérieur de l'administration (chefs de services et au-dessus), le bilinguisme devrait être de rigueur, particulièrement dans les bureaux centraux. Par bilinguisme, nous n'entendons pas tellement l'aptitude à rédiger dans les deux langues que la capacité de comprendre parfaitement les nuances de la langue seconde. Chaque haut fonctionnaire devrait pouvoir rédiger dans sa propre langue, sans avoir à se demander constamment s'il sera compris de ses collègues ou de ses subalternes.

Pour obtenir de tels résultats, il faudrait réformer en premier lieu les organismes chargés du recrutement du personnel, les examens et les critères d'appréciation des candidatures. La Commission de la fonction publique ⁴²⁸ ("service civil"), notamment, devrait être restructurée de manière qu'elle comporte deux sections linguistiques travaillant de concert, mais autonomes. Chaque section élaborerait, en tenant compte d'un certain nombre d'exigences communes, une politique de recrutement adaptée au milieu dans lequel elle puise le personnel requis.

Au niveau provincial, la Constitution devrait garantir l'usage facultatif des deux langues officielles à la législature, devant les tribunaux et les autorités administratives dans toutes les provinces où les citoyens minoritaires constituent 5% ou plus de la population; l'usage des deux langues y serait obligatoire dans la législation et les règlements. A l'heure actuelle, ces provinces sont l'Ile du Prince-Edouard, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Ecosse, le Québec, l'Ontario et le Manitoba.

En outre, la Constitution devrait prescrire que, dans toutes les provinces, les circonscriptions administratives et les municipalités seront délimitées, dans toute la mesure du possible, de manière à ne comprendre que des populations parlant l'une ou l'autre des deux langues officielles de la Fédération. Une telle politique favoriserait la constitution de "noyaux culturels" et

428 - Loi sur le service civil, 9-10 Elis. II, chap. 57, art. 4 à 6.

la création d'écoles minoritaires. D'aucuns opineront qu'un tel système est contraire à l'égalité des citoyens; nous sommes plutôt d'avis qu'il est le seul qui permette l'égalité des groupes dans un pays comme le Canada.

Quelle que soit, donc, le pourcentage de la population représenté par la minorité dans une province (et même si la langue minoritaire n'est pas officielle au niveau provincial), la possibilité du bilinguisme devrait exister au niveau local lorsque la population est suffisamment concentrée. Ne pourrait-on adopter une règle constitutionnelle selon laquelle le bilinguisme serait de rigueur dès que la minorité compte un minimum de 5,000 âmes dans un espace donné? En cas de contestation, un appel pourrait être logé auprès du Sénat fédéral.

Les droits des autres groupes culturels

La dualité culturelle et le dualisme politique que nous proposons pour le Canada ne doit pas aboutir à faire des citoyens dont l'origine n'est ni britannique ni française "des citoyens de seconde zone". On doit cependant bien distinguer, lorsqu'on aborde ce sujet, entre les droits collectifs et les droits individuels. Tant que la reconnaissance des droits collectifs des deux nations qui ont posé les fondements du pays n'empiète pas sur les droits individuels des citoyens d'origine différente, nous sommes d'avis qu'on ne saurait parler de citoyens de seconde zone.

D'ailleurs, l'affirmation des droits collectifs du Canada français pourrait avoir les plus heureuses répercussions pour les autres groupes culturels, en particulier sur le plan scolaire. Il devrait en effet être possible à tout groupe suffisamment nombreux de se doter de ses propres écoles et d'y enseigner dans sa langue un certain nombre de matières. Ces écoles seraient rattachées au système majoritaire (anglais dans les provinces à majorité anglophone et français au Québec) et la moitié de l'enseignement pourrait y être donné dans la langue en vigueur dans ce système. Il n'existe aucune raison pour que la communauté italienne de Montréal ou la communauté ukrainienne du Manitoba, par exemple, ne puissent obtenir des écoles franco-italiennes ou anglo-ukrainiennes. De la sorte, l'on tiendrait compte de l'apport des autres groupes ethniques à l'enrichissement culturel du Canada et l'on permettrait à chaque groupe de conserver son héritage beaucoup mieux qu'il ne le peut à l'heure actuelle.

La Constitution et les droits de l'homme

Les droits collectifs que nous avons mentionnés dans ce chapitre devraient être consacrés dans une nouvelle Constitution fédérale, de même que les droits politiques fédéraux et les libertés publiques, telles la liberté de conscience, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association. Quant aux autres droits et libertés, tels les droits politiques provinciaux, les droits civils, économiques et sociaux et les libertés personnelles,

chaque province devrait les inclure dans sa constitution.⁴²⁹ Elle pourrait également y faire entrer les droits relatifs à l'école confessionnelle, tels que définis plus haut.

L'inclusion des droits collectifs et des libertés publiques dans la Constitution fédérale aurait pour effet de les mettre à l'abri de tout empiétement de la part du Parlement central et des législatures provinciales. La Loi fondamentale, en effet, ne pourrait être modifiée que par l'organe constituant, composé à la fois des organes centraux et des Etats-membres de la Fédération, selon les règles fixées dans la Constitution même.

Au niveau provincial, la question de la primauté de la Constitution (et de la Charte des droits qui y serait incluse) pose un problème plus complexe. L'organe constituant, en effet, ne serait autre que la Législature et celle-ci ne saurait, selon une théorie très respectée dans la doctrine britannique, se lier les mains pour l'avenir et restreindre par une loi quelconque sa propre souveraineté.⁴³⁰ Pourtant, s'il est indéniable qu'une législature ne peut, dans le système britannique, limiter sa propre compétence quant au contenu de la législation, plusieurs auteurs modernes prétendent qu'il lui est cependant possible de se lier quant à la manière de légiférer.⁴³¹ C'est

429 - Voir notre article intitulé "Une Charte des droits de l'homme pour le Québec" (1963), McGill L.J., tome 9, p. 273.

430 - A.V. Dicey, op. cit. supra note 377, p. 68.

431 - Voir W.I. Jennings, The Law and the Constitution (5e éd., 1959), pp. 149, 153.

ainsi que la Législature pourrait décréter qu'une loi particulièrement importante, comme celle qui consacrerait certains droits minoritaires, ne saurait être modifiée sans l'approbation d'une majorité renforcée des députés. Bien que nous ne puissions prévoir la réaction des tribunaux dans le cas où la loi serait abrogée par la suite sans avoir respecté la procédure prévue,⁴³² il nous semble que les Législatures provinciales pourraient se prévaloir de cette méthode en vue d'assurer la primauté de toute loi favorisant les droits collectifs ou individuels des citoyens.

432 - Voir la jurisprudence citée dans notre article, supra note 428, p. 304.

Conclusion

Si l'on veut bien se placer dans l'optique de l'histoire pour comprendre la crise actuelle des institutions canadiennes, on constatera que l'explication s'y trouve presque tout entière.

Les Canadiens français n'ont pas trouvé dans la Fédération de 1867 la place à laquelle ils prétendaient avoir droit: ils commencèrent à s'en retirer psychologiquement dès la suppression arbitraire de leurs droits au Manitoba, il y a quatre-vingts ans.

Dans la première partie de ce travail, nous avons tenté de retracer l'évolution de l'attitude des Canadiens français depuis cette époque. A toutes les étapes, nous les avons trouvés réclamant l'égalité avec le Canada anglais pour leur collectivité. Qu'il s'agisse de l'abolition des écoles du Keewatin, de la conscription ou du Règlement 17, l'égalité revient comme un leitmotiv dans les écrits et les discours des grands porte-parole du Canada français, de Bourassa en particulier. Nous retrouvons aujourd'hui la même idée dans le mandat de la Commission d'enquête sur le bilinguisme et la dualité de culture.

Par ailleurs, pendant le premier demi-siècle de la Confédération, certains Canadiens français commencèrent à désespérer du Canada. Tardivel, après avoir cru à l'égalité, la dénonça quelques années plus tard comme une "chausse-trappe" et engagea ses compatriotes à sortir de la Confédération "avant qu'elle ne nous
233
étrangle complètement." Le peuple, certes, fut plus lent à réagir

et ne prit pas ces conseils au pied de la lettre, mais constatant que la Confédération escamotait l'égalité linguistique et scolaire, il commença d'instinct à se retrancher dans le Québec et à se préoccuper de l'autonomie provinciale.

On trouve donc dès la fin du XIXe siècle les deux tendances qui divisent aujourd'hui l'opinion publique québécoise: il y eut ceux qui crurent obstinément à la possibilité de l'égalité par l'autonomie et le fédéralisme et ceux qui ne virent dans l'égalité qu'un leurre destiné à tromper la vigilance des Canadiens français.

Au cours du second demi-siècle de la Confédération, ces deux tendances s'intensifièrent sans cesse, particulièrement après 1930. Les pressions qui s'exerçaient sur le Canada français se transformaient cependant. Ce n'étaient plus les dénis de droits culturels ou politiques qu'il leur fallait affronter, mais les forces plus impersonnelles et plus subtilement envahissantes de l'économie nord-américaine. En outre, alors que les institutions centrales avaient fait défaut en 1885, en 1912 et en 1917, lorsqu'il s'agissait de protéger les droits de la minorité, la présence fédérale se faisait maintenant sentir de plus en plus dans la vie du Canada français, surtout à compter du moment où le pouvoir fédéral, invoquant les nouvelles théories économiques, tenta de juguler l'autonomie fiscale des provinces.

Devant les forces conjuguées de l'économie continentale et de la politique fédérale, le repliement psychologique des Canadiens français du Québec sur leurs institutions provinciales alla s'accroissant. Cependant, l'instinct de conservation ne peut remplacer la compréhension de la situation dans laquelle se trouve un peuple minoritaire. Des hommes politiques surent capter cet instinct: Duplessis en fit le fondement de sa puissance. Cependant, quelques intellectuels et hommes d'affaires tentaient depuis le début du siècle de persuader leurs compatriotes qu'une attitude défensive devant l'industrialisation et l'Etat ne pouvait mener qu'à l'impasse. Après 1930, ces hommes se font de plus en plus nombreux avec la croissance des universités et des grandes écoles. Ils se font les avocats d'une autonomie dynamique, de l'intervention de l'Etat provincial dans l'économie et de l'adoption de lois sociales, tout comme leurs collègues anglo-canadiens, plus nombreux, réclament l'intervention de l'Etat fédéral et la centralisation des pouvoirs. Ainsi, la doctrine de l'égalité des deux peuples se transforme: elle exige de plus en plus un Québec autonome où il soit possible de construire une société moderne à l'image du Canada français.

Les deux thèses opposées trouvent leur expression la plus achevée dans les rapports Rowell-Sirois et Tremblay: le premier invite toutes les provinces, au nom de l'efficacité, à remettre tous les impôts directs au pouvoir central tandis que le second, invoquant le fédéralisme et la mission particulière du Québec, en vient à la conclusion que ces mêmes impôts doivent être rendus aux provinces. Les deux commissions d'enquête ne s'entendent que sur un seul point

fondamental: l'Etat est appelé à jouer un rôle croissant dans la vie de la collectivité. Mais ce n'est plus le même Etat.

Depuis le rapport Tremblay, l'affrontement des deux thèses est passé dans la réalité quotidienne: le gouvernement de M. Lesage, s'il a modifié le ton des rapports entre Québec et Ottawa, ne s'est guère écarté de la politique tracée par ses prédécesseurs; il l'a même développée. Sans doute aucun gouvernement ne pourra-t-il désormais s'en éloigner beaucoup. Telles sont les conséquences politiques de la position centrale qu'occupe l'Etat québécois dans l'esprit des Canadiens français qui l'habitent.

La crise actuelle ne se limite donc pas à des questions de bilinguisme et de "biculturalisme"; depuis Bourassa, la situation a quelque peu évolué. C'est une crise des institutions, des structures. C'est l'appareil de l'Etat qui ne répond plus à la tâche délicate qui lui fut confiée: assurer la coexistence de deux peuples différents et de cinq régions distinctes. D'une part, le Canada anglais se cherche une identité et ne saurait la trouver que dans une plus grande cohésion de ses parties trop éloignées les unes des autres; d'autre part, le Canada français, centré sur le Québec et conscient de son existence propre, se demande s'il est dans son intérêt de demeurer associé à un partenaire qui lui a toujours mesuré ses droits collectifs. Quelles institutions politiques permettraient-elles d'établir à la fois les distances et les liens qui s'imposent entre les deux nations?

Dans la seconde partie de cet ouvrage, nous avons présenté un ensemble d'institutions fondées sur l'idée d'un Canada binational, nous tenant le plus près possible des structures et des traditions existantes, mais n'hésitant pas, lorsque cela a paru essentiel, à modifier les fonctions et les pouvoirs de certains organes gouvernementaux et à proposer de nouvelles institutions. La véritable solution à la crise de l'Etat, avons-nous dit, consiste à définir un dualisme qui demeure efficace et qui tienne compte de toute la réalité, c'est-à-dire, en premier lieu, des conséquences politiques inévitables d'une dualité culturelle que l'histoire a enracinée dans deux parties distinctes du pays; en second lieu, de l'existence de minorités francophones au sein du Canada anglais et vice-versa; enfin, de certains problèmes et objectifs qui sont communs aux deux nations.

Le dualisme n'est pas inconciliable avec le parlementarisme s'il prend la forme d'une autonomie spéciale pour le Québec et d'une participation accrue de la province et de l'ensemble du Canada français au fonctionnement de l'Etat fédéral dans certains domaines d'intérêt commun. Nous avons exposé au chapitre VI les changements institutionnels qui permettraient, selon nous, d'obtenir ce résultat, notamment au niveau du Sénat. Au chapitre VII, les répercussions du dualisme sur le pouvoir exécutif, tant fédéral que provincial, ont été étudiées, ainsi que les nouvelles structures permanentes de collaboration qui permettraient de réaliser les objectifs communs, notamment dans le domaine économique et social. Au chapitre VIII, après avoir reconnu la nécessité d'un contrôle juridictionnel des compétences, nous avons proposé la création d'une Cour spécialisée

en matière constitutionnelle, dont la structure et la composition seraient de nature à répondre aux réserves exprimées par le Québec, depuis 1950, à l'égard de la Cour suprême. Enfin, dans un chapitre consacré aux droits des minorités, nous avons étendu à l'ensemble des provinces un régime permettant à tout groupe suffisamment nombreux de faire valoir ses libertés scolaires et ses franchises linguistiques.

Quelle qu'ait été l'institution étudiée, nous avons recherché avant tout un nouvel équilibre entre les deux nations, l'équilibre établi en 1867 ayant été rompu par un siècle d'histoire. Certes, nous nous sommes maintes fois interrogé sur l'existence du Canada anglais comme nation, nous remémorant cette lettre dans laquelle LaFontaine écrit à Baldwin, en 1844: "Nous avons un peuple et vous n'en avez point." Cependant, nous sommes enclins à penser que les institutions proposées favoriseraient une plus grande cohésion du Canada anglais: elles lui permettraient de se doter d'un véritable gouvernement national à Ottawa, pourvu qu'il ne cherche point à imposer ce gouvernement au Québec.

Depuis 1867, la Confédération s'est développée d'après le principe de l'inégalité des deux peuples qui l'ont fondée. Or, au XX^e siècle, les nations et les Etats sont l'expression d'un libre choix, bien que tout peuple doive tenir compte d'un certain nombre de facteurs qui tendent à rapprocher les groupes, tant sur le plan matériel que sur le plan spirituel. Le Québec français est de plus en plus conscient de cette liberté, ainsi que des facteurs qui orientent son option. A notre avis, il n'optera pour le Canada que

dans la mesure où il y trouvera une égalité collective réelle, institutionnalisée et appuyée sur des garanties constitutionnelles sérieuses.

Tocqueville avait prévu que l'égalité serait le grand thème, la grande aspiration du monde moderne. Sans doute pensait-il avant tout à l'égalité des personnes, mais nous croyons qu'on peut en dire autant des collectivités, car les individus ne seront jamais égaux si les groupes ne le sont point entre eux. Nous ne sous-estimons pas l'influence des facteurs socio-économiques et techniques sur l'évolution des structures sociales et des mentalités, dont dépend en définitive l'intégration des peuples. Cependant, il ne faut point négliger non plus les facteurs culturels et les systèmes de valeurs, auxquels même les marxistes reconnaissent une autonomie croissante. Comme le fait remarquer M. Duverger, les idéaux et les croyances politiques désintéressées jouent un rôle politique qui va croissant au fur et à mesure que l'élévation du niveau de vie permet à tous les hommes de se libérer du primum vivere pour accéder au deinde philosophari. Le Canada du XIX^e siècle a pu se permettre de négliger ces facteurs; il ne saurait les ignorer aujourd'hui sans risquer de perdre sa raison d'être.

